Bedingte Kaufverträge

und Geschäfte ähnlicher Art

unter Berücksichtigung ihrer geschichtlichen Entwicklung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Johann-Wolfgang-Goethe-Universität
Frankfurt am Main

vorgelegt von

ADAM REITZEL
Gerichtsreferendar aus Mainz a. Rh.

MAINZ 1939
Druck von Oscar Schneider K.-G.

Referent: Prof. Dr. Schantz

Korreferent: Prof. Dr. Ruth

Tag der mündlichen Prüfung: 29. April 1930

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht:

Seite

§ 1. Die geschichtliche Entwicklung der Kaufverträge unter einer Bedingung 5

I. Kapitel. Art und Einteilung der Bedingungen:

§ 2. Begriff und Wesen der Bedingung 9
§ 3. Gesetzliche Unterscheidung 10
§ 4. Sonstige Einteilungsmöglichkeiten 11
§ 5. Auslegungsregeln und Verteilung der Beweislast . . . 12

II. Kapitel. Der bedingte Kaufvertrag:

§ 6. Die Schwebezeit 13
§ 7. Die Anwartschaft:
a) im allgemeinen 14
b) beim bedingten Kauf 19
§ 8. Die Gefahrtragung:
a) im allgemeinen 21
b) beim unbedingten Kauf 22
c) beim bedingten Kauf 24
§ 9. Die Sach- und Rechtsmängelhaftung:
a) im allgemeinen 26
b) beim unbedingten Kauf 27
c) beim bedingten Kauf 29

III. Kapitel. Einzelne bedingte Kaufverträge.

A. Im BGB. geregelte:

§ 10. Der Kauf auf Probe und Geschäfte ähnlicher Art, insbesondere Kauf auf Umtausch 30
§ 11. Der Wiederkauf 38
§ 12. Der Vorkauf 44

B. Sonstige bedingte Kaufverträge:

§ 13. Der Kauf zukünftiger Sachen (emtio rei speratae) und Geschäfte ähnlicher Art 48
§ 14. Der Trödel- oder Trödlervertrag 49
§ 15. Das Konditionsgeschäft des Buchhandels 51

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547418_0131

§ 1

Die geschichtliche Entwicklung der Kaufverträge unter einer Bedingung.

Schon solange bestimmte Formen des Rechtslebens in der Geschichte überhaupt erfaßbar sind, entsprach es einem allgemeinen Bedürfnis des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, nicht nur für die Gegenwart Pflichten und Rechte erwerben zu können; ein stets wachsendes Verkehrsbedürfnis verlangte darnach, auch schon die Zukunft hinsichtlich mancher Beziehungen fest zu bestimmen. Von besonderer Bedeutung waren dabei von jeher die Befristung und die Bedingung [1].

Beide Einrichtungen lassen die von den Parteien gewollte Rechtswirkung von einem zukünftigen Ereignis abhängen. Der Unterschied beider besteht darin, daß bei der Befristung das zu erwartende Ereignis bereits zur Zeit der Vereinbarungen gewiß, bei der Bedingung dagegen noch ungewiß ist. Außerordentlichen Einfluß erlangte die Möglichkeit, von diesen beiden Einrichtungen und dabei insbesondere wieder von der Bedingung Gebrauch machen zu können, für das Kaufrecht; dies entspricht der eingehenden Behandlung, die diesem Rechtsgeschäft nicht nur in Gesetz, Lehre und Rechtsprechung, sondern ganz besonders auch in der Geschäftsgebarung des täglichen Lebens zukommt.

Voraussetzung für das Zustandekommen eines Kaufvertrags ist die Einigung über den Kaufgegenstand und den Preis. Erst wenn diese Einigung zwischen Verkäufer und Käufer erzielt ist, kann ein Kaufvertrag zwischen den Parteien zustande kommen. Nach Abschluß des Kaufvertrags ergeben sich dann Pflichten und Rechte des Verkäufers und Käufers insbesondere aus §§ 433 ff BGB.

Grundsätzlich steht der Aufnahme von Bedingungen in einen Kaufvertrag nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit des geltenden Rechts nichts entgegen, sofern dieselben nur nicht gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstoßen [2]. In anderen Fällen ist dagegen das Zufügen einer Bedingung ausdrücklich durch den Gesetzgeber ausgeschlossen worden, was hauptsächlich aus Gründen, die die Rechts- und Verkehrssicherheit betreffen, erfolgte [3].

Bereits im römischen Recht konnten die gewöhnlichen Wirkungen eines Rechtsgeschäfts durch Nebenabreden der Parteien eine Um-

---

[1] Vgl. Salkowski, § 19.

[2] Vgl. RGZ. 104/306.

[3] Vgl. §§ 388 — und in Rechtsanalogie dazu: Kündigung, Mahnung und Rücktritt — 925, 1317, 1947 BGB.).

gestaltung erfahren. Drei Arten von Klauseln (= accidentalia negotii) konnten den für ein bestimmtes Geschäft notwendigen (= essentialia negotii) und den gerade für dieses Geschäft regelmäßigen (= naturalia negotii) Inhalt hauptsächlich hinsichtlich des letzteren beeinflussen. Besondere Bedeutung erlangten: die Bedingung (= condicio), der Termin (= dies) und die Auflage (= modus). Nur auf die Bedingung und ihren Einfluß auf das Kaufgeschäft ist im Rahmen dieser Betrachtung einzugehen. Bestimmung und Einteilung der Bedingung im römischen Recht ist auch für das heute geltende Recht zum großen Teile noch zutreffend [4].

In den Anfängen des römischen Kaufrechts war der Kauf in der Form des Handkaufs, der sog. mancipatio üblich. Dies war eine feierliche, formelle Veräußerung, bei der die Zahlung des Kaufpreises und die Inbesitznahme des Kaufgegenstandes in Anwesenheit des libripens und von 5 Zeugen stattfand. Die Erfüllungshandlungen erfolgten Zug um Zug [5]. Voraussetzung für das Zustandekommen eines Kaufvertrags war auch hier die Einigung über die Ware und den Kaufpreis, wozu als drittes Erfordernis noch Unbedingtheit hinzukam. Erst durch den Einfluß des ius gentium wurde der Kauf ein formloser Konsensualvertrag; daneben blieb allerdings noch lange Zeit die Form der mancipatio für die res mancipi bestehen. Diese Entwicklung wurde besonders dadurch begünstigt, daß für die lebenswichtigsten Sachen des römischen Bauernvolkes (z. B. Zug- und Lasttiere) dieser Kauf zunächst die einzige vollgültige Eigentumsübertragungsform bedeutete. Erst allmählich setzte sich im gesamten römischen Rechtsleben der formlose Kaufvertrag durch, dessen Hauptunterschied gegenüber der alten Form darin bestand, daß er das obligatorische Verpflichtungsgeschäft von dem dinglichen Erfüllungsgeschäft trennte.

Nur so ist es zu verstehen, daß das römische Recht, das so beharrlich an den althergebrachten Formen festhielt, sich nur langsam dazu verstand, einen bedingten Kaufvertrag für die Rechtsordnung anzuerkennen [6]. Doch sprechen auch schon ältere Juristen, so z. B. Pomponius und Julian, von der Gültigkeit des bedingten Kaufgeschäfts [7].

Getreu der alten Auffassung, daß der Kauf in dem unmittelbaren Austausch von Ware und Geld besteht, faßte man jedoch den nicht vollziehbaren Kauf stets als etwas Unfertiges auf, wenn man ihn auch späterhin als einen in seiner Art fest abgeschlossenen Kaufvertrag wertete und mit rechtlicher Wirkung ausstattete. So konnte

[4] Vgl. §§ 2—4.

[5] Vgl. Benade, S. 14.

[6] Vgl. Gaius: Jam enim non dubitatur quin sub condicione res venire aut locari possit III 146.

[7] Vgl. L. 41 D. h. t.; L. 4 pr. D. in diem addict. 18,2; L. 8 § 10 de peric. 18,6.

man denn auch erst nach dieser Entwicklung mit Recht sagen: emtio tam sub condicione quam pure contrahi potest [8], wobei die Bedingung etwa so formuliert sein konnte: si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emtio aureis tot. Unter der Bedingung verstand jedoch das römische Recht nur die aufschiebende Bedingung [9]. Dies mag seine Ursache teilweise darin haben, daß das auflösend bedingte Geschäft zunächst in der älteren Zeit die Ausnahme bildete. In dieser Zeit konnte eine auflösende Bedingung nur den formlosen, frei zu beurteilenden Verpflichtungsgeschäften (= bonae fidei negotia), unter die auch der Kauf, mit Ausnahme der mancipatio, fällt, beigefügt werden.

Die drei gebräuchlichsten Arten des auflösend bedingten Kaufs waren:

1. der Kauf mit in diem addictio [10],
2. der Kauf mit lex commissoria [11],
3. der Kauf mit pactum displicentiae [12].

Bei dem ersteren sollte der Kauf wieder aufgelöst werden, wenn dem Verkäufer innerhalb einer bestimmten Zeit ein besseres Gebot auf die Sache gemacht werden sollte und er dieses auch anzunehmen bereit war, der benachrichtigte Käufer aber den Kauf unter denselben Bedingungen für sich nicht aufrechterhalten wollte. Aus dem Inhalt der Bedingung geht hervor, daß der Käufer die Gefahr der Verschlechterung und des Untergangs der Sache trägt, da bei gegenteiliger Regelung die Abgabe eines besseren Gebots sehr unwahrscheinlich wäre [13].

Bei der Hinzufügung der lex commissioria wird der Kauf wieder aufgelöst, wenn der Verkäufer bei Verletzung der Käuferpflichten seinen Rücktritt erklärt. Da dies der Verkäufer nur in seinem eigenen Interesse tun wird, dürfte ein Rücktritt bei Verschlechterung oder Untergang der Ware nicht mehr in Frage kommen. Grundsätzlich wird auch hier der Käufer die Gefahr für den zufälligen Untergang oder die Verschlechterung der Ware zu tragen haben. Es könnte jedoch auch der Fall eintreten, daß der Verkäufer die Ware trotz Verschlechterung zurückerhalten möchte, weil z. B. der Käufer mittlerweile zahlungsunfähig geworden ist; in diesem Fall müßte dann der Verkäufer die Gefahr tragen.

Unter dem Kauf mit pactum displicentiae ist ein Kauf auf Probe mit vorbehaltenem Rücktrittsrecht des Käufers nach gemachter Probe zu verstehen. Der Käufer kann den Kauf, sofern ihm die

---

[8] Vgl. Salkowski, § 122.
[9] Vgl. 1, 2 § 3 4 D. 41,4; 1, 2 pr. D. 18,2.
[10] Vgl. 1, 3 D. 18,2 d. i. d. add.
[11] Vgl. D. 18,5, 1, 2.
[12] Vgl. D. 18,5, 6.
[13] Vgl. Woite, S. 10/11.

Ware mißfällt, innerhalb bestimmter Zeit wieder auflösen. Wird man ihm dieses Recht auch noch bei Verschlechterung der Ware — unter etwaiger Schadensersatzpflicht — zugestehen, so doch nicht mehr bei völligem Untergang. Die Gefahr der Verschlechterung müßte also hier der Verkäufer, die Gefahr des Untergangs der Käufer tragen, da ja im letzteren Falle Prüfung und Mißbilligung der Ware nicht mehr möglich ist. — — —

Den zivilrechtlichen Verpflichtungsgeschäften strengen Rechts (stricti iuris negotia) konnten keine auflösenden Bedingungen beigefügt werden. Die gleiche Beschränkung galt auch für Verfügungsgeschäfte, insbesondere die Eigentumsübertragung. Die römischen Juristen halfen sich in diesen Fällen damit, daß sie die Eigentumsübertragung bei den auflösend bedingten Kaufverträgen des täglichen Geschäftslebens[14] aufschiebend bedingt umdeuteten, d. h. der Käufer erwarb das dingliche Recht erst dann, wenn die auflösende Bedingung ausgefallen war. Erst mit Julian setzte sich die Auffassung durch, auch der aus einem Verfügungsgeschäft auflösend bedingt Berechtigte erwerbe sofort eine dingliche Rechtsstellung (Usukapionsbesitz und Fruchtziehungsrecht), die aber mit Eintritt der auflösenden Bedingung ipso iure wieder wegfallen sollte[15].

In ältester Zeit war jeder Kauf ein Bargeschäft, in dem aber durch die wechselseitige Hingabe von Ware und Geld mit Übereignungswillen noch kein Schuldvertrag enthalten war. Erst im Mittelalter unterschied man auf deutschem Boden für den Kauf ein schuldrechtliches Verpflichtungs- und ein dingliches Erfüllungsgeschäft; die vorangehende, formfreie Kaufberedung hatte nun die Bedeutung eines gegenseitigen Schuldvertrags gewonnen, dem ein beiderseitiges Reurecht innewohnte, das jedoch wieder wegfiel, sobald eine Seite ganz oder teilweise erfüllt hatte.

Ein Hauptunterschied bestand zwischen dem römischen und dem deutschen Recht hinsichtlich der Gefahrtragung. So ließ das römische Recht die Gefahr und das Nutzungsrecht schon mit der Perfektion des Kaufvertrags auf den Käufer übergehen, während bei dem deutschen Recht dazu noch die Übertragung der Gewere kommen mußte[16]. Zum Teil mag dies seinen Grund darin haben, daß das auf ganz einfachen Grundlagen aufgebaute Rechtsleben Germaniens diese so wichtige Rechtsfolge auch äußerlich leicht kenntlich machen wollte. So kam man im älteren deutschen Recht dazu, den Gefahrübergang mit der körperlichen Übergabe zu verbinden.

Abschließend läßt sich für die Bedeutung und die geschichtliche Entwicklung des bedingten Kaufvertrags somit folgendes sagen[17]:

---

[14] Vgl. S. 7.
[15] Vgl. 1, 2 § 4 D. 41,4.
[16] Vgl. Gierke, Bd. 3 S. 436, 446.
[17] Vgl. Benade, S. 57.

Das römische Recht vertrat zunächst einen für das Rechtsgeschäft und damit auch den Kauf bedingungsfeindlichen Standpunkt. Ganz deutlich wird dies bei den auflösend bedingten Geschäften, wo man geradezu Haupt- und Nebenverträge unterschied. Erst später faßte man die einem Kaufvertrag zugefügte Bedingung als einen Bestandteil dessen auf, der ihm eine eigene rechtliche Wertung eintrug.

Auch das Preußische Allgemeine Landrecht[18] behandelte die Bedingung noch unter den Nebenverträgen. Andererseits faßte man sie jedoch bereits als einen mit dem Rechtsgeschäft untrennbar verbundenen, integrierenden Bestandteil desselben auf[19].

Diese Auffassung des Landrechts von dem bedingten Rechtsgeschäft ist im BGB. noch stärker zum Ausdruck gekommen. Die dem bedingten Rechtsgeschäft zugrunde liegende, einheitliche Willenserklärung hat auch ein einheitliches Rechtsgeschäft zur Folge. Die Auswirkungen desselben, die sich beim Kauf insbesondere aus § 433 BGB. ergeben, sind jedoch entweder überhaupt noch nicht oder aber noch nicht endgültig vorhanden; Grund dafür ist einzig und allein die dem Kaufvertrag zugefügte Bedingung. Es sei deshalb hier zunächst die Bedeutung und das Wesen der Bedingung für sich allein und dann erst ihr Einfluß auf den Kaufvertrag betrachtet.

I. Kapitel:

Art und Einteilung der Bedingungen.

§ 2

Begriff und Wesen der Bedingung.

Mag auch im früheren Recht noch vielfach Streit über Begriff und Wesen der Bedingung geherrscht haben, so wird doch heute in Lehre und Rechtsprechung darüber eine fast einheitliche Ansicht vertreten. Allgemein geht man bei der Begriffsbestimmung der Bedingung von den Erfordernissen aus, die Enneccerus dafür aufstellt[20]:

1. „Der Begriff der Bedingung im engeren Sinne oder der eigentlichen Bedingung erfordert, daß der Umstand, von dessen Eintritt oder Nichteintritt die Rechtswirkung abhängig gemacht wird, zur Zeit des Setzens der Bedingung für menschliches Wissen unerforschlich sei, während für die Zukunft eine Aufklärung oder Entscheidung in Aussicht steht.

---

[18] Vgl. ALR., I 5 §§ 266 ff.
[19] Vgl. Förster, Bd. 1 S. 185.
[20] Vgl. Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, § 18 S. 171 Nr. 1 und 2.

2. Die Abhängigkeit der Rechtswirkungen der Bedingung muß auf dem Willen der Parteien (des Testators) beruhen. Die sogenannte condicio, quae tacite inest) oder condicio juris, d. h. diejenige Bedingung, von der die Rechtswirkung auch ohne den Willen der Parteien nach der Natur des Geschäfts oder seines Gegenstandes oder infolge besonderer Rechtsvorschrift abhängt, ist keine eigentliche Bedingung."

Dazu kommt jedoch noch, daß nicht nur der Eintritt oder Nichteintritt des zukünftigen, ungewissen Ereignisses, sondern auch das Ereignis selbst unter der Bedingung zu verstehen ist [21]. Nach der Auffassung des Gesetzes [22] soll jedoch nichts anderes als die Wirkung des Rechtsgeschäfts von der Bedingung betroffen werden. Damit aber ist der frühere Streit darüber, ob der Wille oder der Erfolg als bedingt anzusehen ist, bedeutungslos geworden.

§ 3

Gesetzliche Unterscheidung.

Das BGB. unterscheidet aufschiebende und auflösende Bedingungen, ohne jedoch eine Begriffsbestimmung derselben zu geben. Aufschiebende und auflösende Bedingung werden im heutigen Recht, wie dies ja auch schon der Gesetzgeber in § 158 BGB. durch die Nebeneinanderstellung anscheinend wollte, in sachlicher und formeller Hinsicht gleichartig behandelt [23].

Eine aufschiebende Bedingung liegt dann vor, wenn die von den Parteien gewollte Rechtswirkung erst mit dem Eintritt oder Nichteintritt des zukünftigen, ungewissen Ereignisses eintreten soll.

Bei der auflösenden Bedingung soll dagegen die von den Parteien sofort erreichte Rechtswirkung mit Eintritt der Bedingung wieder beseitigt werden. Bei Eintritt der Bedingung tritt der Rechtszustand, der vor Abschluß des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts zwischen den Parteien bestanden hatte, ohne weiteres wieder ein. Dies gilt in obligatorischer wie in dinglicher Hinsicht. Der vorher auflösend bedingt Verpflichtete, jetzt wieder Berechtigte, kann demnach einen auflösend bedingt übertragenen Gegenstand mit der rei vindicatio wieder herausverlangen. Wäre allerdings nur das obligatorische Geschäft auflösend bedingt abgeschlossen, die Eigentumsübertragung aber hätte unbedingt stattgefunden, könnte das Geleistete nach Eintritt der Bedingung nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung wieder herausverlangt werden, da ja der rechtliche Grund der Leistung, d. i. der Kaufvertrag, wieder weggefallen ist.

---

[21] Vgl. Cosack, Bd. 1 § 91 I 1; RGR.-Komm., § 158, Vorbem. 1; Enneccerus, Bd. 1 § 181 I.

[22] Vgl. RGR.-Komm., § 158, Anm. 1.

[23] Vgl. Prot., I S. 185; Cosack, Bd. 1 § 91 III.

§ 4

Sonstige Einteilungsmöglichkeiten.

Neben der gesetzlichen Unterscheidung der Bedingungen findet man auch heute noch die schon vor Inkrafttreten des BGB. üblichen Einteilungsmöglichkeiten.

Eine Wollens- oder Potestativbedingung liegt dann vor, wenn lediglich das Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts von dem Willen einer Partei abhängt. Ist jedoch schon die Entstehung des Rechtsgeschäfts selbst von der Willkür der Partei abhängig gemacht, liegt überhaupt keine Bedingung vor, da in diesem Falle ja das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts überhaupt in Frage gestellt ist. Im gemeinen Recht war es noch streitig, ob eine solche Bedingung überhaupt zulässig sei. Man berief sich dabei hauptsächlich auf drei Quellenstellen [24], die aber in Wirklichkeit gar nicht gegen die Willkürbedingung als solche gerichtet sind, sondern nur besagen, der Wille des Verpflichteten könne nicht Gegenstand der Bedingung sein. Schon damals mußte man den Kauf auf Probe allerdings als Ausnahme anerkennen [25]. Später suchte man den Streit über die Möglichkeit des Setzens einer Willkürbedingung dadurch gegenstandslos zu machen, daß man für die Potestativbedingungen selbst wieder einen „inneren" und einen „äußeren", d. h. zum Ausdruck gebrachten Willen unterschied, wovon nur letzterer als Bedingung zulässig sein sollte.

Schon Leonhard [26] wies jedoch nach, daß logische Bedenken der Zulässigkeit von Wollensbedingungen seitens des Berechtigten nicht im Wege stünden, da Inhalt der Bedingung nicht der Wille des Berechtigten zur Zeit des Vertragsabschlusses, sondern sein zukünftiger Wille sei, und beide verschieden sein könnten.

Die Frage, ob die Erfüllung eines Vertrags nur von dem Willen einer Partei abhängig gemacht werden könnte, wurde zwar durch gesetzliche Regelung nicht ausdrücklich entschieden, inzwischen aber in ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts und durch die h. L. des Schrifttums bejaht [27]. Eine gesetzliche Einzelentscheidung des Theorienstreits über die Lehrmeinung, eine Verpflichtung unter der Bedingung: „si voluero" oder „si placuerit" sei ungültig, ist in den §§ 495, 496 BGB. für den Kauf auf Probe erfolgt; das gleiche dürfte auch für die Ausbedingung eines persönlichen Vorkaufsrechts zu-

---

[24] Vgl. 1, 8 D. de obl. et act. 44,7; 1, 108 § 1 D. verb. obl. 45,1; 1, 7 pr. D. de contr. emt. 18,1.

[25] Vgl. S. 30 ff.

[26] Vgl. Jherings J. 59/188.

[27] Vgl. RGZ. 104/100 und das dort angeführte Schrifttum.

treffen [28]. Der Aufnahme von Willkürbedingungen dürfte damit auch für andere Verträge nichts im Wege stehen [29].

Alle weiteren Unterscheidungsmöglichkeiten der Bedingungen sind für die vorliegende Betrachtung von untergeordneter Bedeutung und seien daher nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

Das gerade Gegenteil der Willkürbedingung ist die kasuelle oder Zufallsbedingung. Hier hat der Wille der Parteien auf den Eintritt oder den Ausfall des die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts bestimmenden zukünftigen Umstandes überhaupt keinen Einfuß. Auch die Verbindung von Potestativ- und kasueller Bedingung zu einer sogenannten gemischten Bedingung kann nach den Vereinbarungen der Parteien den Inhalt des Rechtsgeschäfts beeinflussen.

Eine zusichernde oder Affirmativbedingung macht für die Erfüllung des bedingten Rechtsgeschäfts eine Veränderung notwendig; bei der verneinenden oder Negativbedingung darf jedoch keine Veränderung eintreten.

Daneben werden noch notwendige, unmögliche und unnütze, perplexe, unerlaubte und unsittliche Bedingungen unterschieden [30]. Vom Gesetzgeber wurden alle Sonderbestimmungen dieser Art für überflüssig erachtet, da sie entweder — wie dies auch für die sogen. condiciones iuris [31] zutrifft — auf das Rechtsgeschäft ohne jeden Einfluß sind oder aber als Teil des Rechtsgeschäfts, wie im Falle des § 139 BGB., das ganze Rechtsgeschäft nichtig machen und somit wiederum keinen Einfluß auf die Vereinbarungen haben können.

§ 5

Auslegungsregeln und Verteilung der Beweislast.

Ist über die Art der Bedingung — nämlich ob sie aufschiebend oder auflösend sein soll — keine Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen, wie dies im täglichen Leben sehr oft der Fall ist, sind die Willenserklärungen nach den §§ 133, 157 BGB. auszulegen.

Bei der Erforschung des Parteiwillens ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Willenserklärungen sind so auszulegen, daß man dem Wollen der Parteien auch wirklich gerecht wird. Enneccerus [32] stellt dabei auf die Brauchbarkeit des Ergebnisses ab; bei nicht zu lösenden Zweifeln will er die Bedingung als aufschiebend betrachten. In zwei Fällen (§§ 455, 495 BGB.) hat die Auslegungsregel des Gesetzes sich gleichfalls für die aufschiebende Bedingung entschieden.

---

[28] Vgl. RGZ. 69/283; 77/147; 94/297.
[29] Vgl. Cosack, Bd. 1 § 91 I 2b.
[30] Vgl. RGR.-Komm., 4. Tit. Anm. 3c.
[31] Vgl. J. W. 1912/135 Nr. 7; Gruch. 56/119.
[32] Vgl. Bd. 1 § 181 III 3.

Macht jemand den Anspruch auf Rückgabe einer auflösend bedingt verkauften Sache geltend, muß er sowohl den Eintritt des Umstandes nachweisen, der als auflösende Bedingung den Kaufvertrag wieder rückgängig macht, als auch den Beweis dafür erbringen, daß die Bedingung auflösende Wirkung haben sollte. Der Grund für eine derartige Verteilung der Beweislast ist darin zu sehen, daß derjenige, der den Eintritt einer auflösenden Bedingung behauptet und daraus einen Anspruch herleitet, ja zugibt, daß das jetzt geltend gemachte Recht einmal wirksam zugunsten des Anspruchsgegners entstanden war [33].

Würde man dagegen behaupten, der Kaufvertrag sei unbedingt abgeschlossen und auf Grund dessen die Übergabe der Kaufsache verlangen, der Gegner aber einwenden, der Kaufvertrag sei auflösend bedingt abgeschlossen und durch die inzwischen eingetretene Bedingung wieder unwirksam geworden, würde den Verkäufer, der ja eine rechtszerstörende Tatsache geltend macht, die volle Beweislast treffen [34].

Bringt dagegen der Verkäufer, der die Erfüllung des Kaufvertrags verweigert, vor, der Kaufvertrag sei aufschiebend bedingt abgeschlossen und diese Bedingung sei noch nicht eingetreten, so wird zwar einerseits der Abschluß des Geschäfts zugegeben, andererseits aber die Auswirkung, die sich insbesondere aus § 433 BGB. ergibt, in Frage gestellt [35]. Besteht nun der Käufer auf seinem Anspruch, indem er behauptet, der Kaufvertrag sei unbedingt abgeschlossen, muß er beweisen, daß der Inhalt des Geschäfts keine Bedingung enthalte oder doch wenigstens nicht erkennen lasse [36]. Gibt der Käufer jedoch zu, der Kaufvertrag sei aufschiebend bedingt abgeschlossen, trifft ihn die Beweislast dafür, daß der Umstand, von dem die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängt, inzwischen eingetreten ist.

II. Kapitel:

Der bedingte Kaufvertrag.

§ 6

Die Schwebezeit.

Solange die Bedingungen, von denen die endgültige Wirksamkeit des von den Parteien beabsichtigten Rechtsgeschäfts abhängt, noch nicht eingetreten sind, ist die abschließend gewollte Rechtswirkung entweder überhaupt noch nicht entstanden — wie beim aufschiebend

[33] Vgl. RGR.-Komm., § 158 Anm. 7a.
[34] Vgl. RGZ. 28/144.
[35] Vgl. RGZ. 68/307.
[36] Vgl. J. W. 1919/304 Nr. 3.

bedingten Kaufvertrag — oder zwar vorhanden, jedoch ohne die Gewißheit, auch endgültig zu sein — wie beim auflösend bedingten Kaufvertrag —. In dieser Zeit ist die gewöhnliche Rechtslage derart verändert, daß der Charakter des jetzt vorhandenen Zustandes zunächst ungewiß ist und erst an seinem Ende feststeht, ob er Voraussetzung für eine Umgestaltung oder aber nur eine zeitweilige Veränderung bedeutete[37]. Zunächst sei noch die Abgrenzung der Schwebezeit von dem normalen Rechtszustand gegeben.

Bei dem letzteren ist das Vorhandensein von Rechten eine wohl von niemand bezweifelte Tatsache. Ganz bestimmte Beziehungen bestehen zwischen den einzelnen Rechtssubjekten oder von diesen zu einem Rechtsobjekt. Mit Beginn des Zeitpunkts aber, zu dem das bedingte Geschäft von den Parteien abgeschlossen wurde, bis zu der Zeit, zu der aus dem bedingten Geschäft ein unbedingtes wird, oder das bedingte Geschäft — sei es durch Eintritt oder Ausfall der Bedingung — jegliche Wirkung verliert, entsteht ein Rechtszustand, dessen Hauptunterschied von dem normalen in der Ungewißheit liegt. Trotzdem ist bereits in der Schwebezeit (d. i. die Zeit der Ungewißheit für beide Parteien) eine feste Aussicht auf das endgültige Wirksamwerden des beabsichtigten Rechtsgeschäfts vorhanden. Die verschiedensten Bezeichnungen wurden dafür im Laufe der Rechtsentwicklung gewählt; bald sprach man von einem Vorrecht, dann wieder von einer Anwartschaft oder einem Wartrecht.

§ 7

Die Anwartschaft.

a) Im allgemeinen:

Der Begriff der Anwartschaft und seine Entstehungsgeschichte ist fast so alt wie die Entstehung und Erfassung der Rechte selbst. Schon dem römischen und gemeinen Recht war dieser Begriff geläufig; dort kam er am deutlichsten in dem Fall des berufenen Erben vor Antritt der Erbschaft zum Ausdruck. Auch das deutsche Volk kannte bereits diesen Begriff des „Wartrechts", und bekannte Beispiele dafür sind die Lehenanwartschaft beim Geding und die Lage ds Fideikommißanwärters[38].

Um die Mitte des vorigen Jahrhunderts setzte erst der Streit in der Wissenschaft um die begriffliche Festlegung und die rechtliche Wertung der Anwartschaft ein. Teilweise ist der Streit allerdings durch die gesetzlichen Bestimmungen des BGB. bedeutungslos geworden. Es sei deshalb hier nur eine kurze Darstellung der hauptsächlichsten und wesentlichsten Anschauungen über die Anwartschaft gegeben, bevor auf dieselbe selbst näher eingegangen wird.

[37] Vgl. Brehme, S. 2, 4.
[38] Vgl. Endemann, § 65 Anm. 16.

Die heutige Auffassung von der Anwartschaft wird schon von **Wendt**[39] in klarer Form zum Ausdruck gebracht. Er erklärt die Rechtswirkungen während des Schwebens einer Bedingung, ganz im Gegensatz zu den Lehrmeinungen seiner Zeit, nicht aus einer Zurückziehung des Anfangstermins des Rechtsgeschäfts nach Eintritt der Bedingung oder aus einer Gebundenheit der Person oder Sache, sondern stellt als erster fest, daß ein bereits fertiges Rechtsverhältnis die Voraussetzung dafür bildet. Er sagt: „Dem bedingt obligatorischen Vertrag entspringt das bedingte Forderungsrecht, ein Recht, positiv wie alle übrigen und nur intensiv gegen dieselben zurücktretend." Daraus folgt, daß schon während des Schwebens einer Bedingung Rechte bestehen sollen, die zwar schwächer als das später eintretende Vollrecht, aber doch vom Abschluß des bedingten Vertrags an vorhanden sind, einen Vermögenswert darstellen und als solche auch ihrerseits wieder Gegenstand von Rechtsgeschäften sein können. Aus dem bereits vorhandenen bedingten Rechtsgeschäft läßt Wendt dann durch den Eintritt der Bedingung ein neues Rechtsverhältnis entstehen, faßt dieses aber keineswegs als existenzbegründend mit rückwirkender Kraft für das vorher bedingte Rechtsgeschäft auf.

Entschiedener Gegner einer solchen Auffassung der Anwartschaft war **Brecht**[40]. Auch er gibt zwar zu, daß die dem Rechtsgeschäft zugefügte Bedingung nur dessen Wirkung hinausschiebt. Das Rechtsgeschäft selbst ist perfekt, nur die gewollten Folgen sollen noch nicht eintreten. Aus diesem Grunde sieht Brecht in der bedingten — das gleiche gilt für die befristete — Verfügung, eine Verfügung über etwas Zukünftiges. Er gliedert das Anwartschaftsrecht in ein gegenwärtiges, regelmäßig unübertragbares, obligatorisches Recht zum Besitz und Gebrauch und in ein zukünftiges, dingliches Recht, das als solches schon jetzt übertragbar ist. Damit lehnt er es aber ab, die Anwartschaft als ein gegenwärtiges, absolutes Recht aufzufassen. „Sie ist ein einfacher Wartezustand, sagt er, der durch das Zusammentreffen einer Reihe von Befugnissen sein charakteristisches Gepräge bekommt, ohne daß diese Befugnisse rechtlich aus dem Zustand selbst abgeleitet werden dürften." Diesen Ausführungen wird jedoch nicht zuzustimmen sein, weil sich die einzelnen Befugnisse bereits während des Schwebens der Bedingung aus dem bedingt abgeschlossenen Rechtsgeschäft und nicht erst aus dem künftigen Vollrecht ergeben. Außerdem enthält aber auch die Anwartschaft nicht nur das Recht zum Besitz, sondern noch viele andere Rechte, die die Möglichkeit des Vorhandenseins einer Anwartschaft durchaus rechtfertigen.

---

[39] Vgl. S. 55.
[40] Vgl. Jahrbücher für Dogmatik 61/263 ff.

Andere Schriftsteller, als deren Hauptvertreter wohl Fitting anzusehen ist, leiten die Rechtswirkungen während der Schwebezeit aus der rückwirkenden Kraft der Bedingung ab. So sagt **Fitting:**[41] „Erst durch einen späteren Umstand wird die eigentliche wahre Natur eines vorhergehenden Zustandes offenbar und bestimmt. Es herrschte bisher über die eigentliche rechtliche Beschaffenheit eines Verhältnisses eine Ungewißheit, welche durch den Ausfall, die Gestaltung eines späteren Ereignisses verschwindet." Als Hauptargument für seine späteren Ausführungen nimmt dann Fitting eine Trennung zwischen Rück- und Vorwirkung vor. Den Unterschied beider erklärt er dadurch, daß bei ersterer der noch ausstehende Umstand darüber entscheidet, ob ein Rechtsverhältnis ist oder war, bei letzterer dagegen, ob es wird. Bei der Rückwirkung nimmt Fitting während der Schwebezeit kein Recht von vornherein an, sondern läßt sich dies erst aus der rückwirkenden Kraft der Bedingung ergeben. Nur für das Eigentum und bedingte Recht macht er eine Ausnahme, wobei er näher auf den Zustand rechtlicher „Gebundenheit der Sache" eingeht. Wie also Fitting selbst schon seinen Grundsatz, während der Schwebezeit bestehe kein Recht, durchbricht, so ist heute in jedem Falle die Frage der Rückwirkung einer Bedingung zumindest für die Praxis nicht mehr Gegenstand von Erörterungen, da § 158 BGB. ausdrücklich bestimmt, die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung trete mit dem Eintritt der Bedingung ein, sofern nicht von den Parteien, was ihnen nach § 159 BGB. freisteht, etwas anderes vereinbart wurde[42].

Jhering[43] schließlich erkennt während der Schwebezeit nicht die volle Wirkung eines Rechts an, sondern nur eine Seite desselben. So gibt er zwar[44] zu, „daß zu Gunsten eines in der Entstehung begriffenen Rechts, also um eines zukünftigen Zweckes willen, schon jetzt Beschränkungen Platz greifen, welche dessen künftige Verwirklichung vorbereiten und sicherstellen sollen." So dürfte z. B., wer unter einer aufschiebenden Bedingung verfügt hat, den Eintritt der Bedingung nicht mehr willkürlich vereiteln. Gegen diese Auffassung von der passiven Wirkung der Bedingung nimmt schon Enneccerus[45] Stellung, indem er sagt: „Die passive Seite ohne die aktive oder vor der aktiven Seite wäre eine Kraftäußerung ohne Kraft, eine Wirkung ohne Ursache."

Nach diesem geschichtlichen Rückblick sei nun die heutige Auffassung von der Anwartschaft näher dargestellt. Neben „Anwartschaft" werden für den gleichen Rechtszustand, wie bereits erwähnt, noch die mannigfachsten Bezeichnungen gebraucht.

---

[41] Vgl. Über den Begriff der Rückwirkung, S. 6, 21 ff., 102.
[42] Vgl. auch RGZ. 77/190.
[43] Vgl. Jherings J. 10/387.
[44] Vgl. S. 458.
[45] Vgl. Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 414.

Kohler[46] spricht in diesem Zusammenhang von einer „Standschaft"; Oertmann[47] von „Rechtsanwartschaften"; v. Tuhr[48] benutzt keinen einheitlichen Begriff, er spricht bald von Anwartschaften, bald von Wartrechten.

Das BGB. selbst enthält über diesen Begriff keine Vorschriften. Nur in den Motiven[49] heißt es, das Recht — gemeint ist die Anwartschaft —, das zu übertragen sei bzw. erzeugt werden sollte, sei in der Person des Erwerbers noch nicht vorhanden. „Solange die aufschiebende Bedingung schwebt", heißt es dort weiter, „ist der Eintritt der von der Bedingung abhängig gemachten Wirkung unentschieden. Recht und Wirkung sind noch nicht vorhanden. Ein bedingt übertragenes Recht ist ebenfalls noch nicht übertragen, eine bedingt belastete Sache noch nicht belastet. Gleichwohl kommt dem den Grund zur Entstehung des künftigen Rechts legenden Rechtsgeschäft schon während des Schwebens der Bedingung eine gewisse Wirksamkeit zu. Der bedingt Berechtigte hat eine unverbringliche Aussicht auf das Recht bei Erfüllung der Bedingung; der bedingt Verpflichtete ist entsprechend gebunden. Zur Bezeichnung der entsprechenden Rechtslage des bedingt Berechtigten dient gewöhnlich der Ausdruck „bedingtes Recht". Schon in den sich anschließenden Beratungen erkannte man, daß die Bezeichnung „bedingtes Recht" seinen Inhalt zu wenig erklärte. „Man war sich darüber einig,[50] daß die während der Schwebezeit bestehende Anwartschaft einen Vermögenswert bildet. Man erachtete aber nicht für erforderlich, dies durch eine besondere Bestimmung zum Ausdruck zu bringen und erwog, daß die Aufnahme einer solchen dazu nötigen würde, hinsichtlich der Veräußerlichkeit, der Übertragbarkeit unter Lebenden, der Pfändbarkeit usw. gleichfalls Vorschriften aufzustellen."

Die Anwartschaft nimmt eine Mittelstellung zwischen dem sogen. „Vollrecht"[51] d. h. dem Recht, das den Abschluß einer Rechtsentwicklung bildet und selbständig alle gesetzlichen Rechtswirkungen auslöst, und der bloßen Aussicht oder tatsächlichen Hoffnung auf den Eintritt eines ganz bestimmten Ereignisses ein. Für den Einzelfall des Erben ist vom Reichsgericht[52] der Unterschied zwischen Anwartschaft und bloßer Hoffnung herausgestellt worden. Solange der Testator noch lebt, hat der von ihm in seiner letztwilligen Verfügung Bedachte nur die Aussicht auf die zukünftige Erbschaft, ohne daß jedoch zwischen ihm und dem Testator irgendeine Rechtsbeziehung besteht. Erst nach dem Tode des Erblassers

---

[46] Vgl. §§ 40 ff.
[47] Vgl. Die Rechtsbedingung, S. 126.
[48] Vgl. § 9.
[49] Vgl. Mot. I S. 255.
[50] Vgl. Prot. I S. 181.
[51] Vgl. Kroehling, § 12.
[52] Vgl. RGZ. 67/428.

wird die Aussicht auf das Erbe so fest, daß man auch für die Zeit vor dem Erbfall von einer Anwartschaft reden kann.

Die Anwartschaft ist in allen erkennbaren Beziehungen wie ein Recht zu behandeln und deshalb auch als selbständiges Recht anzusehen[53]. Oft ist in dem Anwartschaftsrecht auch schon eine Anspruchsmacht enthalten[54]. Bei der Anwartschaft besteht dieses Recht darin, daß der bedingt Berechtigte unter gewissen Voraussetzungen von der Gegenpartei Sicherheitsleistung fordern kann. Dies ist in 3 Fällen möglich:

1. Der wegen einer bedingten Forderung bedingt Verpflichtete ist eine juristische Person und will sein Vermögen auf andere Personen übertragen.
2. Der wegen einer bedingten Forderung bedingt Verpflichtete fällt in Konkurs, und der Konkursverwalter will eine Verteilung vornehmen. Ist die Erfüllungsmöglichkeit der Bedingung jedoch so unwahrscheinlich, daß sich das „Vorrecht" noch kaum als Vermögenswert realisieren läßt, wird sie nur bei den Abschlagsverteilungen, nicht aber bei der Schlußverteilung berücksichtigt (§§ 67, 154 KO.).
3. Die allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung liegen vor, sofern nicht die gesetzliche Ausnahme Anwendung findet (§§ 916 Abs. 2, 936 ZPO.).

Das Anwartschaftsrecht ist veräußerlich, vererblich, pfänd- und verpfändbar, sofern es das Vollrecht auch ist[55]; von besonderer Bedeutung ist dies für bedingte Forderungen, die bereits vor Eintritt der Bedingung abgetreten werden können und als solche auch unter die Konkursmasse fallen. Mit Enneccerus[56] ist somit die Anwartschaft als eine Erwerbsberechtigung aufzufassen, d. h. ein Recht, das bei Eintritt der Bedingung das Eigentum, die Erbschaft oder das Vermächtnis ohne weiteres erwerben läßt.

Kürzer und allgemeiner gehalten faßte Michaelsen[57] dieselben Gedanken in seiner Begriffsbestimmung für die Anwartschaft dahingehend zusammen, daß er sagt, Anwartschaft ist „das gegenwärtige, unentziehbare Recht auf Anfall eines bestimmten Rechts, des Vollrechts".

Während des Schwebezustandes kann der aufschiebend bedingt Berechtigte, da er ja das ihm zugedachte Recht noch nicht erworben hat, dieses Recht auch noch nicht geltend machen. Die Anwartschaft,

---

[53] Vgl. Enneccerus, Bd. 1 § 185 2a; Gruch. 54/1166; RGZ. 69/421.
[54] Vgl. Cosack, Bd. 1 § 91 IIc.
[55] Vgl. auch Dernburg, Bd. 1 § 154 II; Oertmann, § 161, Anm. 2a; Staudinger, § 158, Vorb. 9.
[56] Vgl. Bd. 1 § 185 I 2 d.
[57] Vgl. S. 10.

die er aber darauf hat, ist, wie bereits gesagt, mehr als eine tatsächliche Hoffnung. Sie ist ein Recht und zwar ein „Vor-Recht“ [58], das der Vorbereitung des dereinstigen, unbedingten „Nach-Rechts“ dient. Als zwingenden Inhalt enthält das „Vor-Recht“ stets eine Vertrauensmacht, d. h. die Rechtswirkung, auf die der aufschiebend bedingte Kaufvertrag hinwirkt, tritt auch ohne das Zutun der Beteiligten ein, sofern nicht gerade eine reine Potestativbedingung vorliegt. Mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung ist aus dem bisherigen „Vor“- oder Anwartschaftsrecht das fertige „Nach“- oder Vollrecht geworden. Letzteres stellt lediglich eine Umbildung des ersteren dar [59].

Fällt die Bedingung aber aus, tritt der Rechtszustand wieder ein, der vor Abschluß des bedingten Rechtsgeschäfts bestanden hatte, d. h. das Geschäft verliert jede Wirksamkeit und der Erwerber jede Rechtsanwartschaft.

All das im vorhergehenden für die aufschiebende Bedingung Gesagte, ist im allgemeinen entsprechend auch für die auflösende Bedingung anwendbar [60].

§ 7 b

Die Anwartschaft beim bedingten Kauf.

Sowohl bei dem aufschiebend- als auch bei dem auflösend bedingten Kaufvertrag ist für die Zeit, innerhalb der ein Eintritt oder Ausfall der Bedingungen noch möglich ist, durch den Abschluß des bedingten Rechtsgeschäfts ein Zustand geschaffen worden, der in der Rechtsordnung eine durchaus eigenartige und selbständige Stellung einnimmt. Bei dem aufschiebend bedingten Kaufvertrag besteht noch Ungewißheit darüber, ob überhaupt jemals ein unbedingter Kaufvertrag mit allen Pflichten und Rechten, die sich aus den §§ 433 ff. BGB. ergeben, zwischen den Parteien zustandekommt; bei dem auflösend bedingten Kaufvertrag dagegen liegt die Ungewißheit in der Frage, ob die Rechtswirkungen zwischen den Parteien, die sich in nichts von denen eines echten, d. h. unbedingten Kaufvertrags unterscheiden, nicht doch wieder beseitigt werden.

Daß bei dem auflösend bedingten Kauf, der sich ja, rein äußerlich betrachtet, hinsichtlich seiner Wirkungen mit dem unbedingten Kauf deckt, auch schon für die Schwebezeit Pflichten und Rechte des Verkäufers und Käufers (z. B. Übergabe der Kaufsache und Zahlung des Kaufpreises) bestehen, unterliegt wohl keinem Zweifel.

Aber auch das aufschiebend bedingte Geschäft ist bereits in der Schwebezeit bindend. Mit dem Eintritt der Bedingung wird aus ihm

---

[58] Vgl. Cosack, Bd. 1 § 91 II.
[59] Vgl. RGZ. 69/421.
[60] Vgl. hierzu Cosack, Bd. 1 § 91 III.

ja bereits ein vollwirksamer Kaufvertrag. Entstehen die Hauptansprüche aus Kauf — Übergabe der Kaufsache und Eigentumsverschaffung einerseits, Abnahme derselben und Zahlung des Kaufpreises andererseits — auch erst mit dem Eintritt der Bedingung, so hat der Vertrag doch auch schon vor Eintritt dieses Umstandes gewisse Wirkungen. Es besteht eine Lieferungsverpflichtung des Verkäufers; auch der Käufer kann schon Rechte und Pflichten haben. So hat er z. B. beim Kauf auf Probe ein Recht auf Überlassung des Kaufgegenstandes zum Ausprobieren desselben, das jedoch nicht weitergehen darf als dies für die Untersuchung desselben erforderlich ist. Beide Parteien sind an die einmal getroffenen Abmachungen gebunden. Die Möglichkeit, einseitig den Vertrag zu ändern oder ihm einen anderen Inhalt zu geben, besteht nicht mehr.

Somit ist also auch der manchmal vertretenen Ansicht[61], eine Schwebezeit mit Rechten und Pflichten bei einer aufschiebenden Bedingung sei mit rückwirkender Kraft nur dann anzunehmen, wenn die Bedingung eingetreten sei, nicht zuzustimmen. Schon bevor feststeht, ob die Bedingung eintritt, bestehen Rechte und Pflichten des Verkäufers und Käufers. Selbst aber wenn feststeht, daß die Bedingung nicht mehr eintritt, besteht z. B. beim Kauf auf Probe immer noch die Verpflichtung des Käufers, die bereits übergebene Sache wieder zurückzugeben.

Bei dem aufschiebend bedingten Kaufvertrag sind Käufer und Verkäufer teils aufschiebend bedingt berechtigt, teils aufschiebend bedingt verpflichtet, was sowohl für den obligatorischen Vertrag, als auch für den dinglichen Eigentumserwerb gilt[62]. Aufschiebend bedingt berechtigt ist der Käufer hinsichtlich der Aushändigung der Kaufsache, der Verkäufer hinsichtlich des Erhalts des Kaufpreises; aufschiebend bedingt verpflichtet ist ersterer im Hinblick auf die Zahlung des Kaufpreises, letzterer im Hinblick auf die Übergabe der Kaufsache und die Eigentumsverschaffung daran.

Bei dem auflösend bedingten Kaufvertrag ist der Käufer der auflösend bedingt Berechtigte, aber auch gleichzeitig für den Fall des Eintritts der Bedingung der aufschiebend bedingt Verpflichtete zu Gunsten des Verkäufers als aufschiebend bedingt Berechtigten. Somit enthält also der auflösend bedingte Kaufvertrag gleichzeitig zwangsweise eine aufschiebend bedingte Verpflichtung und Berechtigung, so daß der aufschiebend bedingt Berechtigte des aufschiebend bedingten Kaufvertrags dem auflösend bedingt Verpflichteten des auflösend bedingten Kaufvertrags gleichzuerachten ist.

Wie bereits oben gesagt, liegt auch dem bedingten Geschäft eine einheitliche Willenserklärung zu Grunde, als dessen Folge das einheitliche — wenn auch bedingte — Geschäft anzusehen ist. Diese Auf-

[61] Vgl. Pietzcker in Arch. ziv. Pr. 74/462.
[62] Vgl. Holtz, S. 16, 17.

fassung trifft heute, da ja auch das BGB. in §§ 158 die aufschiebende Bedingung wie die auflösende behandelt, sowohl für das aufschiebend bedingte als auch für das auflösend bedingte Geschäft zu[63]. Die obige Zergliederung des auflösend bedingten Kaufvertrags ist also keineswegs so aufzufassen, als bestünde das Wesen der auflösenden Bedingung in einer unbedingten Hauptwillenserklärung und einer auf Wiederaufhebung der Wirkungen derselben gerichteten suspensiv bedingten Nebenwillenserklärung[64]. Diese Gliederung diente vielmehr nur der besseren Veranschaulichung des Wesens der auflösenden Bedingung.

Besonders kennzeichnend wird der Unterschied zwischen bedingtem und unbedingtem Kaufvertrag an der abweichenden Regelung, die Gefahrtragung und Sachmängelhaftung bei ersterem gefunden haben. Auch hier sollen zuerst die allgemeinen Auswirkungen gezeigt werden, um die Besonderheiten beim bedingten Kaufvertrag dann umso deutlicher zu machen.

§ 8a

Die Gefahrtragung im allgemeinen.

Im Rechtssinne versteht man unter Gefahrtragung: die Möglichkeit des Eintritts von Zufällen, durch die irgendwelche Vermögenswerte beschädigt werden können. Die Zufälligkeit der Ereignisse ist immer dann gegeben, wenn dieselben von niemand zu vertreten sind. Unter Gefahrtragung ist also auch schon die bloße Möglichkeit, mit dem Eintritt von Zufällen rechnen zu müssen, zu verstehen. Mit Eintritt des schädigenden Ereignisses erleidet dann der, dessen Vermögen davon betroffen wird, einen Schaden. Betrachtet man die Gefahr von dem Standpunkt des eingetretenen Zufalls aus, so ist sie der Nachteil, für den dem Geschädigten niemand haftet.

Solange ein Gegenstand nur zu einer Person in Rechtsbeziehungen steht, kann es die Frage der Gefahrtragung überhaupt nicht geben, da in diesem Fall jeder den Schaden, der durch Verschlechterung oder Untergang entsteht, selbst zu tragen hat. Hier ist der Grundsatz anwendbar: casum sentit dominus. Erst der Zeitpunkt, in dem die vom Zufall betroffene Sache zu mehreren Personen in Rechtsbeziehungen tritt, die sich als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen, wirft die Frage der Gefahrtragung auf. Diese Frage betrifft jedoch nicht so sehr den Verlust der Sache als solcher, als vielmehr den Einfluß des zufälligen, schädigenden Ereignisses auf das Schuldverhältnis.

Zwischen Entstehung und Erfüllung eines Kaufvertrags liegt nun, abgesehen von den Fällen des sogen. Handkaufs, eine gewisse Zeit.

---

[63] Vgl. Prot. I S. 185.
[64] Vgl. Woite, S. 12.

Die Frage ist nun: Wer trägt für diese Zeit die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache?

Ein Zufall liegt immer dann vor, wenn das schädigende Ereignis weder vorsätzlich noch fahrlässig von einer der Vertragsparteien herbeigeführt wurde, da sonst ja der Schaden schon aus Vertrags- und Deliktshaftung wiedergutzumachen ist.

§ 8b

Die Gefahrtragung beim unbedingten Kauf.

Der Gefahrübergang beim unbedingten Kauf bezieht sich auf den Einfluß zufälliger, schädigender Ereignisse auf die Leistungsmöglichkeit des Verkäufers und Käufers. Der Inhalt der Gefahrtragung läßt sich also etwa so bestimmen:

Bedeuten zufällig auftretende, den Kaufgegenstand schädigende Ereignisse für den Verkäufer den Verlust seines Kaufpreisanspruchs, so daß er auch das schon erhaltene Kaufgeld zurückgewähren muß, hat er die Gefahr zu tragen. Wird dagegen der Käufer trotz Untergangs oder Verschlechterung der Sache nicht von seiner Verpflichtung frei, die volle Gegenleistung zu gewähren, liegt die Gefahrtragung auf seiner Seite [65].

Sowohl der Untergang als auch die Verschlechterung der Kaufsache ist, ohne jedoch gleichbedeutend damit zu sein, ein Unterfall von gänzlicher oder teilweiser Unmöglichkeit [66]. § 275 BGB. läßt für die Unmöglichkeit bei einseitigen Verträgen, sofern sie nicht der Schuldner zu vertreten hat, den Gläubiger die Gefahr tragen. § 323 BGB. bestimmt für die Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen, unter die ja auch der Kauf fällt, die dem Schuldner unmöglich gewordene Leistung sei zwar nicht mehr zu bewirken, da dieser ja nach § 275 BGB. von seiner Leistungspflicht frei geworden sei, befreie andererseits aber auch den Gläubiger von der Gegenleistung. In diesem Falle trägt also der Schuldner die Gefahr. § 323 BGB. gibt gleichzeitig noch über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs Auskunft, der sich mit dem der Erfüllung der Leistung deckt, da nach Erfüllung ja kein Unmöglichwerden der Leistung mehr möglich ist.

Im Kaufrecht ist jedoch nun zu Gunsten des Verkäufers eine Änderung des Zeitpunkts des Gefahrübergangs dahingehend vorgenommen, daß die Gefahr nicht bis zur Erfüllung sämtlicher sich aus den §§ 433, 434 BGB. ergebender Pflichten zu Lasten des Verkäufers geht. § 446 BGB. läßt die Gefahr schon mit der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer übergehen.

---

[65] Vgl. RGR.-Komm., § 446, Anm. 1.

[66] Vgl. Endemann, § 158a, Anm. 21; Planck, § 446, Anm. 2a; Dernburg, Bd. 2 § 174.

Ob die Übergabe von nur possessorischer oder auch eigentumsübertragender Wirkung ist, wird in der Wissenschaft verschieden beurteilt. Die Vertreter der ersten Ansicht[67] berufen sich hauptsächlich auf einen Vergleich des § 446 Abs. 1 BGB. mit § 446 Abs. 2 BGB.: Wenn die Übergabe in Absatz 2 nur possessorische Bedeutung als bloße Besitzübergabe habe, könne sie doch kaum in Absatz 1 einen anderen Sinn haben[68].

Oertmann und andere dagegen sind der Ansicht, der Gesetzgeber habe den Gefahrübergang in § 446 BGB. nicht an die reine Besitzüberlassung knüpfen wollen, sondern nur an die eigentumsübertragende[69]. § 440 Abs. 1 und 2 BGB. ließe nämlich auch nach erfolgter Übergabe noch § 323 BGB. zur Anwendung kommen; demnach könne der Käufer auch noch nach erfolgtem Untergang der Sache Schadensersatzansprüche geltend machen, sofern durch die Übergabe wegen eines Rechts- oder Sachmangels Eigentum nicht verschafft worden sei. Die Übergabe habe nur dann für den Käufer die Gefahrtragung zur Folge, wenn sie ihm auch das Eigentum verschaffe. Wo dies aber noch nicht der Fall sei, müsse man zu einer anderen Entscheidung kommen.

Die Auslegung des Gesetzes ergibt jedoch, daß in der Übergabe nur die Besitzüberlassung zu sehen ist[70]. Der Verkäufer soll die Gefahr nur solange zu tragen haben, bis er seine hauptsächlichsten Verpflichtungen erfüllt hat[71] und damit dem Käufer durch die Übergabe der Kaufsache die Möglichkeit zur Überwachung derselben gegeben ist, da er die Ware nun einmal in seiner Obhut hat[72]. Ist auch in der Wissenschaft keine einheitliche Anschauung über den Begriff der Übergabe vorhanden, besteht doch wenigstens, wie bereits gesagt, Einigkeit darüber, die Gefahrtragung nur dann mit der Übergabe verbinden zu wollen, wenn diese gleichzeitig Erfüllung der aus dem Kaufvertrag entstandenen Verbindlichkeit bedeutet. Verfolgt die Übergabe aber nur den Zweck der Nutzungsmöglichkeit, wie z. B. beim Kauf auf Probe, oder erfolgt sie auf Grund eines mit dem Kauf verbundenen Nebenvertrags, kann sie auch nicht den Gefahrübergang zur Folge haben[73].

§ 446 BGB. regelt den Gefahrübergang beim Kauf für bewegliche und unbewegliche Sachen. Wie nach § 446 Abs. 2 BGB. der Käufer auch schon vor der Übergabe des gekauften Grundstücks die Gefahr zu tragen hat, sofern die Grundbucheintragung schon stattgefunden hat, geht auch nach § 447 BGB. die Gefahr beim Kauf beweglicher

---

67 Vgl. Planck, § 446, Anm. 2b.
68 Vgl. Endemann, Bd. 1 S. 596, Anm. 36.
69 Vgl. Oertmann, § 446, Anm. 1a.
70 Vgl. RGZ. 85/322.
71 Vgl. Mot. II S. 205.
72 Vgl. Staudinger, § 446, Anm. I 1.
73 Vgl. Gruch. 41/883.

Sachen schon vor der Übergabe auf den Käufer über; dieser Fall liegt dann vor, wenn der Verkäufer die gekaufte Sache auf Verlangen des Käufers an einen anderen als den Erfüllungsort versendet und sich dabei einer Hilfsperson bedient. (Daneben kennt das BGB. noch zwei Fälle, in denen die Gefahr bereits vor der Übergabe auf den Käufer übergeht: §§ 324 und 2380).

§ 8c

Die Gefahrtragung beim bedingten Kauf.

Wie bereits erwähnt, muß, um den Gefahrübergang erfolgen zu lassen, zunächst auch wirklich ein Kaufvertrag abgeschlossen sein; dazu muß aber auch noch die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt kommen[74]. Nur die zur Erfüllung einer Vertragsverbindlichkeit erfolgte Übergabe läßt also die Gefahr auf den Käufer übergehen[75]. Nicht jede Übergabe des Kaufgegenstandes verfolgt aber den Zweck, dem Käufer die tatsächliche Verfügungsgewalt zu verschaffen.

Bei einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag erfolgt die Übergabe nicht zur endgültigen Erfüllung einer Vertragsverbindlichkeit[76]; hier kann § 446 BGB. keine Anwendung finden. Dieser trifft nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf eine bereits „verkaufte" Sache und zwar bei einem unbedingten Kaufvertrag zu[77]. Bei einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag wurde aber noch gar nicht — endgültig — verkauft. Es liegt demnach beim aufschiebend bedingten Kaufvertrag nicht etwa eine Ausnahme der in § 446 BGB. aufgestellten Regel vor, sondern nur das folgerichtige Ergebnis des in § 446 BGB. Gesagten, das ja nur für den Gefahrübergang beim unbedingten Kauf zutrifft.

Wird nun auch manchmal in Literatur und Rechtssprechung die Ansicht vertreten[78], es sei unbillig, einem Verkäufer, der vielleicht mit viel Mühe und unter großen Kosten die Übergabe an den Käufer bewirkt hätte, die Gefahr für den zufälligen Untergang oder die zufällige Verschlechterung der Kaufsache während der ganzen Zeit, in der die Bedingung noch eintreten oder aber auch ausfallen könne, aufzubürden, so ist dieser Ansicht doch aus folgenden Gründen nicht zuzustimmen: Läßt sich ein Verkäufer darauf ein, einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag abzuschließen, so wird er dies doch nur dann tun, wenn er die feste Hoffnung hat, daß aus dem einstweilen zwar

---

[74] Vgl. RGR.-Komm., § 446, Anm. 4.
[75] Vgl. Gruch. 41/883.
[76] Vgl. Denkschrift zum Entwurf, I. Bd. II. Abschn. S. 19.
[77] Vgl. Mot. 2. Bd. S. 334.
[78] Vgl. DJZ. 1906/659; JW. 1910/885; OLG. 24/322; Düringer-Hachenburg, 3. Bd., Anm. 104.

noch bedingten Geschäft doch in kurzer Zeit ein unbedingtes werden wird. Sehr oft wird also auch schon allein auf Grund dieser Hoffnung der erste Anstoß zu dem Abschluß des bedingten Kaufvertrags von dem Verkäufer ausgehen, der ja dann in seinem eigensten Interesse die Sache dem Verkäufer übergibt, um ihn dadurch zum endgültigen Abschluß des Kaufvertrags zu bewegen. Hier wäre es nun aber doch, gerade im Gegensatz zu der oben erwähnten Ansicht, höchst unbillig, einen Käufer die Gefahr tragen zu lassen für eine Sache, die nicht nur nicht sein Eigentum ist, sondern überhaupt nur ganz beschränkt zu seinen Diensten steht. Hinsichtlich der Gefahrtragung beim aufschiebend bedingten Kauf ist also der h. L. beizutreten [79], d. h. die Gefahrtragung beim Verkäufer zu belassen.

Die Fragestellung, wer beim auflösend bedingten Kaufvertrag die Gefahr für den zufälligen Untergang oder die zufällige Verschlechterung der Kaufsache in der Zeit zwischen Übergabe derselben und etwaigem Eintritt oder Ausfall der Bedingung trägt, wird von manchen Schriftstellern [80] überhaupt abgelehnt. Als Begründung führen sie an, daß die Wirkungen des auflösend bedingten Geschäfts wie die des unbedingten sofort einträten; damit würde auch die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung sofort mit der Übergabe der Kaufsache auf den Käufer übergehen, § 446 Abs. 1 BGB. könne also unmittelbar angewandt werden.

Keine Schwierigkeiten bietet diese Betrachtungsweise, wenn die auflösende Bedingung nicht eintritt, der Kaufvertrag also zu einem unbedingten wird und sich somit auch die Frage der Gefahrtragung nicht mehr ergeben kann. Wie aber verteilt sich die Gefahrtragung, wenn die den Kaufvertrag wieder auflösende Bedingung eintritt?

Staudinger [81] will wenigstens dann die Gefahr auf den Käufer übergehen lassen, wenn die gekaufte Sache noch vor etwaigem Eintritt oder Ausfall der Bedingung untergegangen sei, ein Eintritt der Bedingung mit Wirkung auf den Kaufvertrag also nicht mehr erfolgen könne; die gleiche Ansicht vertritt auch Kuhlenbeck [82]. Die h. L. sieht dagegen fast allgemein in der Übergabe des Kaufgegenstandes beim auflösend bedingten Kaufvertrag gleichzeitig die Erfüllung desselben seitens des Verkäufers und läßt damit auch die Gefahr auf den Käufer übergehen [83].

Nun hat jedoch in § 350 BGB. der Gesetzgeber ausdrücklich den Rücktritt vom Vertrag auch dann gestattet, wenn der Gegenstand,

---

[79] Vgl. Staudinger, § 446, Anm. 3a; Soergel, § 446, Anm. 2; Warneyer, § 446, Anm. 2; RGR.-Komm., § 446, Anm. 4.

[80] Vgl. z. B. Düringer-Hachenburg, S. 88.

[81] Vgl. § 446, Anm. I 3b.

[82] Vgl. § 446.

[83] Vgl. RG. in Recht 1921 Nr. 2782; RGR.-Komm., § 446, Anm. 4, wo die in Recht abgedruckte Entscheidung angeführt ist; Planck, § 446, Anm. 2c; Soergel, § 446, Anm. 2; Warneyer, § 446, Anm. II.

den der Berechtigte empfangen hat, bereits durch Zufall untergegangen ist; somit liegt es doch auch bei dem auflösend bedingten Kaufvertrag nahe, noch an eine Rückgängigmachung des Kaufvertrags bei Eintritt der Bedingung trotz etwaigen zufälligen Untergangs oder zufälliger Verschlechterung der Kaufsache zu denken, da hier nicht einmal ein unbedingter Vertrag, wie ihn § 350 BGB. (vgl. auch §§ 327, 467, 634 BGB.) voraussetzt, vorliegt, sondern von allem Anfang an ein bedingter[84].

Nach § 158 Abs. 2 BGB. tritt nun aber der die Übergabe herbeiführende Kaufvertrag mit Eintritt der Bedingung wieder außer Kraft und beseitigt damit auch alle Verpflichtungen aus § 443 BGB., insbesondere die Kaufpreiszahlung. Es fragt sich also, ob § 158 Abs. 2 BGB. auch dann noch zur Anwendung kommen kann, wenn die verkaufte Sache bereits zufällig untergegangen ist oder sich verschlechtert hat. Dies dürfte aus folgenden Gründen zu verneinen sein: § 158 2 BGB. will nur dann die Wirkungen des vorläufig vollwirksamen Kaufvertrags beseitigen, wenn mit Eintritt der Bedingung auch wirklich alle bereits eingetretenen Wirkungen wieder rückgängig gemacht werden können. Ist jedoch der Kaufgegenstand in seiner ursprünglich gelieferten Form überhaupt nicht mehr vorhanden, kann auch von einer etwaigen Auflösung des Kaufvertrags nicht mehr die Rede sein; hier würde nämlich eine der wichtigsten Auswirkungen der Auflösung des Kaufvertrags fehlen: die Rückgabe der Kaufsache. Damit ist aber der Eintritt der auflösenden Bedingung, sobald nur eine Veränderung mit der Kaufsache vor sich gegangen ist, wenigstens im Hinblick auf den auflösend bedingten Kaufvertrag nicht mehr möglich, d. h. die Tatsache des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache läßt die Möglichkeit des Eintritts der auflösenden Bedingung nicht mehr zu oder (mit anderen Worten) hat einen unbedingten Kaufvertrag zur Folge, der die Anwendbarkeit des § 158 Abs. 2 BGB. ausschließt.

Läßt aber jede zufällig eintretende Verschlechterung oder der zufällige Untergang der Kaufsache den auflösend bedingten Kaufvertrag zu einem unbedingten werden, ist auch die Frage der Gefahrtragung dahingehend entschieden, daß sie beim auflösend bedingten Kauf nur zu Lasten des Käufers gehen kann.

§ 9a

Die Sach- und Rechtsmängelhaftung im allgemeinen.

Unter Sachmängelhaftung (§§ 459 ff. BGB.)[85] versteht man die Haftung des Verkäufers dafür, daß die verkaufte Sache die Eigenschaften besitzt, die zum Gebrauch der Sache erforderlich oder be-

[84] Vgl. Oertmann, § 446, Anm. 6b.
[85] Vgl. Titze, § 39.

sonders zugesichert sind[86]. Die Eigenschaften müssen jedoch nicht zu dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhanden sein. Entscheidend ist, ob sie im Augenblick des Gefahrübergangs, grundsätzlich also bei der Übergabe vorhanden sind. Fehlen die zugesicherten Eigenschaften bei Abschluß des Kaufvertrags, ist der Vertrag trotz anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung nicht nichtig, sondern trotz des Sachmangels gültig (§ 459 BGB.). Ist die Sachmängelhaftung auch grundsätzlich auf bewegliche und unbewegliche Sachen beschränkt, so sind diesen doch durch die Rechtssprechung gewisse unkörperliche Güter hinsichtlich dieser gleichgestellt worden, so z. B. der Verkauf eines Handelsgeschäfts[87].

Wurde keine Sache, sondern ein Recht verkauft, z. B. eine Forderung, tritt statt der Sachmängel- die Rechtsmängelhaftung (§§ 433ff BGB.) des Verkäufers ein. Die Verpflichtung des Verkäufers eines Rechts besteht insbesondere in der Verschaffung des Rechts in vertragsmäßigem Zustand. Frage der Rechtsmängelhaftung ist auch, ob und in welchem Umfang der Verkäufer einer Sache dafür haftet, daß die verkaufte Sache frei von Rechten Dritter ist. Forderungen müssen frei von Einreden oder sonstigen der Geltendmachung im Wege stehenden Hindernissen sein, es sei denn, diese bestünden gerade in der Zahlungsunfähigkeit. In diesem Falle ist der Verkäufer, nach dem Gesetz nicht verantwortlich; auch wenn er diese Verantwortlichkeit durch Vertrag übernommen hätte, würde sie sich im Zweifel nur auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners z. Zt. der Abtretung beziehen.

Beim Verkauf von Wertpapieren darf zunächst das Papier nicht für kraftlos erklärt sein, außerdem ist aber durch das Gesetz noch vorgeschrieben, daß es auch nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist.

§ 9b

Die Sach- und Rechtsmängelhaftung beim unbedingten Kauf.

Viele Schriftsteller und das Reichsgericht lassen die Gewährleistungsansprüche ihren gesetzlichen Grund in der Nichterfüllung des Kaufvertrags haben und dem Käufer als besondere Rechte gegenüber den allgemeinen Ansprüchen wegen Nichterfüllung des Vertrags gegeben sein[88]. Nach anderer Ansicht[89] sollen dagegen, wenigstens beim Spezieskauf, die Gewährleistungsansprüche Rechte sein, die dem Käufer ausschließlich kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift gegeben sind und außerhalb der Vertragserfüllung liegen.

---

[86] Vgl. Enneccerus, Bd. 1 § 331 II.
[87] Vgl. RGZ. 98/289.
[88] Vgl. RGR.-Komm., § 459, Anm. 2; Gruch. 43/268, 306, 309 ff.
[89] Vgl. Faber, S. 20.

Nur beim Gattungskauf hat der Käufer bei mangelhaft gelieferter Sache einen Erfüllungsanspruch, der darin besteht, daß er an Stelle der fehlerhaften Sache eine mangelfreie verlangen kann (§ 480 Abs. 1 BGB.). Dieser Erfüllungsanspruch ist dagegen beim Spezieskauf, auch wenn der Mangel zu beheben ist, nicht gegeben. Er würde hier einer Mängelbeseitigungsklage gleichkommen, was eine zu große Belastung des Verkäufers, der meist nicht der Erzeuger der Ware ist, bedeuten würde.

Weder beim Gattungs- noch beim Spezieskauf hat der Käufer aus der dem Verkäufer vom Gesetz auferlegten Gewährleistungspflicht ohne weiteres einen Schadenersatzanspruch wegen Nicht- oder Schlechterfüllung. Das Erfüllungsinteresse kann der Käufer nur verlangen, wenn der Verkäufer schuldhaft gehandelt und dadurch dem Käufer nach den allgemeinen Vorschriften über Vertragsverletzungen eine solche Forderung gegeben hat. Das gleiche träfe nur noch zu, wenn die zugesicherten Eigenschaften schon bei Vertragsschluß gefehlt hätten, oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen (§§ 463, 480 Abs. 2 BGB.) oder nicht vorhandene Eigenschaften arglistig vorgespiegelt hätte [90].

In jedem Falle hat jedoch der Käufer bei mangelhaft gelieferter Sache einen Anspruch auf Wandlung oder Minderung (§ 462 BGB.). Bei der Wandlung finden die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung (§ 467 BGB.). In § 465 BGB. hat das Gesetz für den Vollzug der Wandlung und Minderung einen eigentümlichen Kontrahierungszwang geschaffen.

Die meisten Gewährleistungsansprüche unterliegen einer kurzen Verjährungsfrist, nach deren Ablauf der Käufer aber unter allen Umständen noch die einredeweise Geltendmachung seiner Rechte hat (§§ 477, 478, 480 Abs. 1 Satz 2 BGB.) [91].

Die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche durch den Käufer ist ausgeschlossen, wenn er den Mangel bei Kaufabschluß gekannt hat oder in manchen Fällen auch, wenn er ihn nur kennen mußte (§ 460 BGB.). Das gleiche trifft zu, wenn der Käufer die Ware, trotzdem er den Mangel kannte, vorbehaltlos angenommen hat (§§ 464, 480 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Außerdem ist die Sachmängelhaftung noch in den Fällen der §§ 459 Abs. 1 Satz 2, 461 und 2376 Abs. 2 BGB. ausgeschlossen. Beim Grundstückskauf ist Wandlung wegen der zugesicherten Größe nur dann möglich, wenn der Käufer infolge des Mangels an der Vertragserfüllung kein Interesse mehr hat (§ 468 Satz 2 BGB.).

---

[90] Vgl. RGZ. 92/295.

[91] Für die Gewährleistungspflicht beim Verkauf gewisser Tiere ist in den §§ 481 ff. BGB. eine Sonderregelung getroffen.

Hinsichtlich der Sachmängelhaftung getroffene Parteivereinbarungen sind nur dann wirksam, wenn der Verkäufer den Mangel nicht arglistig verschwiegen hat (§§ 476, 480 BGB.) [92].

Auch ein Rechtsmangel bei Kaufabschluß hat nicht die Nichtigkeit des Kaufvertrags zur Folge. Die allgemeine Regel des § 306 BGB. wird hier durch die Sondervorschrift des § 437 BGB. ausgeschlossen. Ist der Mangel zu beseitigen, kann der Verkäufer auf Erfüllung seiner Rechtsverschaffungspflicht verklagt werden. Hat der Verkäufer schuldhaft seine Verpflichtung nicht erfüllt, ist er zum Schadenersatz verpflichtet, oder der Käufer hat die sonstigen Rechtsbehelfe, die nach dem Gesetz dem Gläubiger aus einem gegenseitigen Vertrag durch dessen Verletzung zustehen (§ 440 Abs. 1 BGB.). Doch hat der Gläubiger bei der Rechtsmängelhaftung oft auch ohne schuldhaftes Verhalten des Schuldners Ansprüche. So ist ein schon bei Kaufabschluß vorhandener Mangel im Rechte nach den §§ 437, 439 Abs 1 BGB. ein vom Verkäufer schlechthin zu vertretender Umstand. Eine weitere Besonderheit der Rechtsmängelhaftung ist in § 440 Abs. 2 und 3 BGB. geregelt.

Die Rechtsmängelhaftung ist ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel bei Kaufabschluß gekannt hat, es sei denn, einer der Fälle des § 439 Abs. 2 BGB. läge vor. Die Wirksamkeit der Parteivereinbarungen unterliegt bei der Rechtsmängelhaftung derselben Beschränkung (§ 443 BGB.) wie bei der Sachmängelhaftung.

§ 9c

Die Sach- und Rechtsmängelhaftung beim bedingten Kauf.

Bei der Sachmängelhaftung muß der Kaufvertrag insoweit vollzogen sein, daß die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist [93], was meist mit der Übergabe der Sache zusammentrifft. Planck [94] nimmt dagegen an, der Kaufvertrag müsse nur insoweit vollzogen sein, daß die Gefahr auf den Käufer übergehen könne und ohne den Mangel auch übergehen würde.

Bei dem aufschiebend bedingten Kaufvertrag ist nun, auch wenn die Sache schon übergeben wäre, die Gefahr nach der h. L. noch nicht auf den Käufer übergegangen. Somit können auch hier noch nicht die Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden. Demnach beginnt auch bei dem aufschiebend bedingten Kauf die Verjährung der Sachmängelansprüche (§ 477 BGB.), trotz erfolgter Ablieferung oder Übergabe, erst mit dem Eintritt der Bedingung [95].

---

[92] Bei beiderseitigem Handelsgeschäft ist für die Mängelrügepflicht des Käufers noch § 377 HGB. von Bedeutung.

[93] Vgl. RGZ. 53/70 ff.; JW. 14/296; RGR.Komm., § 459, Anm. 3 B 1 B.

[94] Vgl. § 462, Anm. 1.

[95] Vgl. Staudinger, § 477, Anm. 26; Planck, § 477, Anm. 4b.

Bei dem auflösend bedingten Kauf dagegen, der ja schon alle Wirkungen eines vollwirksamen Kaufs hat, und bei dem auch der Gefahrübergang schon erfolgt ist, müssen auch die Gewährleistungsansprüche dem Käufer zustehen. Wie für die Geltendmachung der Sachmängelhaftung der Gefahrübergang Voraussetzung ist, so ist auch für die Rechtsmängelhaftung nicht die Zeit des Vertragsschlusses sondern die des Eigentumsübergangs maßgebend[96].

Auch hier dürften also bei dem aufschiebend bedingten Kaufvertrag die Rechtsmängelansprüche noch nicht, dagegen bei dem auflösend bedingten Kaufvertrag schon geltend gemacht werden können.

Nach der vorausgegangenen Betrachtung der Auswirkungen des bedingten Kaufvertrags im allgemeinen werden im folgenden die einzelnen bedingten Kaufverträge hinsichtlich ihrer besonderen Eigenarten näher untersucht.

III. Kapitel:

Einzelne bedingte Kaufverträge.

A. Im BGB. geregelte:

§ 10

Der Kauf auf Probe und Geschäfte ähnlicher Art, insbesondere Kauf auf Umtausch.

Bereits im römischen Recht war der Kauf auf Probe — d. h. ein Kauf, dessen Wirksamkeit ausschließlich und allein von der im freien Belieben des Käufers stehenden Billigung der Kaufsache abhängt, — in aufschiebend und auflösend bedingter Form bekannt[97]. Sowohl den aufschiebend als auch den auflösend bedingten Kauf auf Probe sahen die Römer als einen durchaus gültigen Kaufvertrag an[98]. Andererseits erkannten aber die Römer eine Verpflichtung, die auf der Willenserklärung: volo, si voluero beruhte, nicht an[99].

Nur so ist der Streit der Folgezeit darüber, ob der Kauf auf Probe als ein wirkliches Verpflichtungsgeschäft anzusehen sei, zu verstehen. So sah Förster[100] in dem Kauf auf Probe nur einen dem Käufer mit seiner Zustimmung vom Verkäufer gemachten und nur ihn bindenden Vertragsantrag, der von dem Käufer erst durch eine

---

[96] Vgl. Staudinger, § 434. Anm. 9.
[97] Vgl. D. 18. 5. 1. 6. — 1. 17 § 4. 1. 20 § 2 de pr. 19. 5.; D. 21. 1, 1. 1. 31 § 22.
[98] Vgl. § 4 i. de emt.
[99] Vgl. D. 44,7 l. 8 Pomp. l. 16. ad Sabinum: sub hac condicione „si volam", nulla fit obligatio.
[100] Vgl. Theorie u. Praxis, Bd. 2 S. 67.

nochmalige Erklärung, gebunden sein zu wollen, angenommen wurde. Diese Auffassung entspricht jedoch nicht der Rechtsnatur des Kaufs auf Probe. Besonders deutlich kam dies dann später in § 496 Satz 2 BGB. zum Ausdruck, wo es heißt, der Kaufvertrag beim Kauf auf Probe würde auch ohne nochmalige Erklärung, falls die Sache dem Käufer schon übergeben sei, unbedingt.

Nach einer anderen Ansicht sollte der Kauf auf Probe zwar ein Vertrag sein; über dessen Rechtsnatur waren jedoch die Meinungen geteilt. Einige Schriftsteller [101] sahen in dem Kauf auf Probe „eine ganz einzelne Ausnahme von der Regel". Dem dürfte jedoch schon aus der Auffassung des römischen Rechts über den Kauf auf Probe nicht zuzustimmen sein, wo doch der Kauf auf Probe gewissermaßen als Schulbeispiel für einen bedingten Kaufvertrag gedacht ist, „während man doch reine Singularitäten in einem Lehrbuch für den Anfangsunterricht nicht gerade vorzugsweise als Beispiele zu wählen pflegt" [102].

Eine andere Lehrmeinung sah in dem Kauf auf Probe einen Vorvertrag [103], der einen klagbaren Anspruch auf den Abschluß eines Kaufvertrags gab. Der Hauptunterschied zwischen einem Vorvertrag und dem Kauf auf Probe besteht aber darin, daß bei letzterem der Kaufwillige nicht den Abschluß eines Kaufvertrags, sondern die Ware selbst verlangen kann.

Erwähnt seien schließlich noch die Lehrmeinungen Fittings und Windscheids:

Fitting sagt [104], man könne seine Verpflichtung zwar dem Sinne, der Sache und dem Erfolge nach, aber nur nicht ausdrücklich, nur nicht dem Wortlaut nach an die Bedingung des eigenen Wollens knüpfen. Der Kauf auf Probe werde nicht unter der Bedingung: si voluerit, sondern: si res placuerit abgeschlossen und widerspreche somit nicht dem aufgestellten Grundsatz. Schon von Windscheid [105] wurde diese Auffassung als „Kultus des Wortes" abgelehnt. Als stichhaltigsten Einwand gegen die Lehre Fittings führten seine Gegner jedoch an, schon in den Quellen sei immer auf die Sache selbst, den Inhalt und Zweck der Bedingung, nicht aber auf die bloße Form gesehen worden [106]. Windscheid [107] sah in dem Kauf auf Probe zwar ein aufschiebend bedingtes, aber nicht vollgültiges Rechtsgeschäft. Bei diesem zweiseitigen Schuldvertrag sei nur der eine Teil sofort gebunden. Wenn auch der andere Teil, der sich unter der Bedingung, falls er wollen werde, verpflichten habe wollen,

---

101 Vgl. Savigny, 3. Bd., § 117, Note 1; Bechmann, 1. Bd., S. 212 ff.
102 Vgl. Unger in Jherings J. 25/325.
103 Vgl. Hahn, S. 246.
104 Vgl. Archiv ziv. Pr. 46/252 ff.
105 Vgl. Bd. 2, S. 406, Note 4.
106 Vgl. Windscheid, S. 416; Leonhard in Jherings J. 39/186.
107 Vgl. Bd. 1 S. 413 ff.

nicht wirksam gebunden sei, so gelte dies doch nicht für die andere Partei, da beide Verpflichtungen auch getrennt voneinander bestehen könnten. Auch die Auffassung Windscheids konnte nicht als eine befriedigende Lösung der Rechtsnatur des Kaufs auf Probe angesehen werden. Abgesehen davon, daß schon das römische Recht den Kauf auf Probe als wirkliches — wenn auch bedingtes — Kaufgeschäft angesehen hat, widerspricht es auch dem einheitlichen Gesamtcharakter des Kaufs auf Probe, die beiden ihm innewohnenden Verpflichtungen derart auseinanderzureißen und die eine sogar nichtig sein zu lassen, ohne daß die andere davon betroffen wird.

All diese Lösungsversuche hatten es nicht vermocht, die römisch-rechtliche Auffassung des Kaufs auf Probe als bedingten Kaufvertrag zu verdrängen. Gescheitert waren sie mehr oder weniger daran, daß sie eine Bedingung des reinen Wollens nicht anerkennen wollten. Eine abschließende Regelung hat der Kauf auf Probe erst in den §§ 495, 496 BGB. gefunden; hier sollte auch die Billigung nicht mehr nach früherer Auffassung das arbitrium boni viri darstellen, sondern die Mißbilligung kann nach der h. L. auch erfolgen, wenn überhaupt keine Probe stattgefunden hat.

Der Sonderfall des Kaufs „Kauf auf Probe" ist jedoch, selbst wenn diese gesetzliche Begriffsbestimmung von den Parteien ausdrücklich gewählt worden ist, nur dann anzunehmen, wenn er auch dem wirklichen Willen der Parteien entspricht[108].

Fehlt es überhaupt an einer derartigen Bestimmung, muß die gesetzliche Auslegungsregel der §§ 133, 157 BGB. noch um so mehr zutreffen. Bei der Auslegung kommt es entscheidend auf die Umstände an, die zu den Vereinbarungen führten, und den Zweck, der mit ihnen erreicht werden sollte. Zur Abgrenzung des bedingten Kaufvertrags „Kauf auf Probe" sei deshalb zunächst auf die Geschäfte eingegangen, die zwar in ihrer äußeren Erscheinung viel mit ihm gemeinsam zu haben scheinen, in ihrem inneren Zweck aber ein wesentlich anderes Ziel verfolgen.

Am häufigsten werden wohl im Sprachgebrauch des täglichen Lebens die Bezeichnung: Kauf „zur" - und Kauf „nach" Probe mit dem Kauf „auf" Probe verwechselt. Bei dem **Kauf zur Probe** liegt jedoch ein gewöhnlicher Kauf vor, bei dem der Käufer nur unverbindlich weitere Bestellungen in Aussicht stellt[109]. Auch der **Kauf nach Probe** (§ 494 BGB.) ist ein gewöhnlicher, unbedingter Kauf, bei dem nur sämtliche Eigenschaften der Probe (des Musters) für den gekauften Gegenstand als zugesichert gelten. Diese Form des Kaufs ist z. B. im Weingeschäft, in Anbetracht der zahlreichen Verschiedenheiten der Weinsorten, die Regel[110].

---

[108] Vgl. RGZ. 104/276; J. W. 1912/28 Nr. 9.
[109] Vgl. Art. 341 ADHGB.
[110] Vgl. Engling, S. 33.

Einfach liegt auch der Unterschied zwischen dem Kauf auf Probe und der bloßen **Ansicht- oder Auswahlsendung.** Hier liegt nur seitens des Versenders eine feste Bindung hinsichtlich Ware und Preis vor; der etwaige Käufer aber ist noch nicht gebunden, sondern kann sich noch frei entscheiden, ob und welche Ware er nehmen will. Bei der Ansicht- oder Auswahlsendung ist noch kein Vertrag geschlossen, sondern es liegt nur eine Kaufofferte vor. Auch wenn eine Aufforderung die Entsendung der Ware veranlaßt hat, kann man noch nicht von einem Kauf auf Probe sprechen, sondern auch darin wird man lediglich eine unverbindliche Einladung zum Vertragsschluß erblicken müssen, sofern sich nicht ausdrücklich aus den Umständen etwas anderes ergibt.

Das BGB. versteht unter Kauf auf Probe einen nicht nur beabsichtigten, sondern einen wirklich zustande gekommenen — wenn auch bedingten — Kauf [111]. Die Bedingung ist in diesem Fall von Gesetz und Rechtsprechung ganz eindeutig bestimmt. Dadurch, daß die Billigung in das freie Belieben des Käufers gestellt ist, kann unter ihr nur eine reine Willkür- oder Potestativbedingung verstanden werden [112]. Die Eigentümlichkeit des Kaufs auf Probe besteht darin, daß nur der Verkäufer fest gebunden ist, der Käufer aber noch nicht. Obwohl also die Wirksamkeit des Geschäfts ausschließlich und allein von der im freien Belieben des Käufers stehenden Billigung abhängt, liegt doch ein wirklicher Kauf vor, d. h. die künftige Willenserklärung des Käufers als bedingende Tatsache widerspricht nicht der Wirksamkeit des Kaufs [113].

Bei der Entscheidung des Käufers – Billigung oder Mißbilligung — kann es jedoch, um den Kauf auf Probe überhaupt durchführbar zu machen, nicht auf den inneren Willen des Käufers ankommen, sondern dieser Wille muß irgendwie erkennbar zum Ausdruck gelangen. Diese nach außen zu richtende Kundgebung des Willens ist jedoch erst die Folge der rein willkürlich getroffenen Entscheidung über Billigung oder Mißbilligung und enthält keinerlei Widerspruch zu den Erfordernissen einer Potestativbedingung. Die Billigung steht im freien Belieben des Käufers; eine Erklärung, weshalb er zur Mißbilligung gekommen sei, ist der Käufer weder zu geben verpflichtet, noch der Verkäufer zu verlangen berechtigt. Auch wenn eine Prüfung überhaupt nicht stattgefunden hat, ist der Käufer zur Ablehnung des Kaufgegenstandes berechtigt [114]. Bedürfte die Mißbilligung einer sachlichen Begründung, und sollte sie der richterlichen Nachprüfung unterliegen, würde man schon nicht mehr von einem Kauf auf Probe sprechen können [115].

---

[111] Vgl. ROHG. 7/322; RGZ. 94/287.
[112] Vgl. RGR.-Komm., § 495, Anm. 2 u. h. L.
[113] Vgl. J. W. 1908/711, Nr. 5.
[114] Vgl. RGZ. 137/298.
[115] Vgl. Recht 1908, Nr. 2800.

Die Billigungserklärung selbst ist zwar keine Willenserklärung, sondern ein „Mitteilung", auf die jedoch wie bei anderen geschäftsähnlichen Handlungen die Vorschriften über Willenserklärungen, insbesondere die §§ 130—132 BGB. entsprechend Anwendung finden [116]. Nach § 496 Satz 2 BGB. ist bei dem Kauf auf Probe ausnahmsweise auch Schweigen als Billigung aufzufassen, falls die Sache übergeben war. Daß die Billigung oder Mißbilligungserklärung seitens des Käufers nicht auf endlose Zeit hinausgezögert werden kann und damit die Gebundenheit des Verkäufers, ist ein weiteres Erfordernis.

Ist über die Zeit, innerhalb der eine Erklärung des Käufers erfolgen muß, keine Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen worden, kann der Verkäufer dem Käufer noch nachträglich eine angemessene Frist nach § 496 Satz 1 BGB. setzen. Die Fristsetzung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, auf die im wesentlichen die §§ 130 ff. BGB. Anwendung finden. Hierbei ist nach Staudinger [117] „nicht gerade eine förmlich stilisierte Aufforderung zur Erklärung" erforderlich, sondern es muß nur nach § 133 BGB. die Absicht des Verkäufers, den in § 496 Satz 1 BGB. vorgesehenen Erfolg zu erreichen, ersichtlich sein. Welche Frist einer angemessenen entspricht, ergibt sich von Fall zu Fall. Art. 339 des ADHGB. stellte dabei auf die Umstände ab. In erster Linie wird es bei Prüfung dieser Frage wohl darauf ankommen, ob in der angegebenen Frist ein tatsächliches Ausprobieren möglich ist, wie dies der Art des Kaufgegenstandes und der Größe des abgeschlossenen Geschäfts entspricht. Jedenfalls wird man die Angemessenheit der Frist dann verneinen müssen, wenn der Zweck der nachträglich erfolgten Fristsetzung offensichtlich nur darin bestand, dem Käufer wider Treu und Glauben die Möglichkeit zur Billigung zu nehmen, d. h. den Eintritt der Bedingung zu vereiteln und damit den Verkäufer von seinen sämtlichen Vertragsverpflichtungen zu befreien. Ist jedoch einmal eine wirksame Fristsetzung erfolgt – sei es durch Vereinbarung oder durch nachträgliche Festsetzung – kann eine Verlängerung der Frist von dem Käufer nicht mehr verlangt werden, es sei denn, der Verkäufer hätte ihm schuldhaft die Ausübung seines Billigungsrechts (z. B. das Ausprobieren) erschwert oder unmöglich gemacht. Auch wenn der Käufer schuldlos (z. B. durch Krankheit) um sein Billigungsrecht kommt, wird dadurch der Ablauf der Frist nicht gehemmt. Eine richterliche Nachprüfung der Angemessenheit der Frist würde erst bei Anstrengung eines Prozesses erfolgen.

Manchmal wird nun die Ansicht vertreten, auch die unter „Kauf mit Vorbehalt der Rückgabe" und „Kauf mit Umtauschklausel" verstandenen Geschäfte fielen noch unter den Rechtsbegriff „Kauf auf Probe", da die Vorschriften der §§ 495, 496 BGB. nur dispositiver

---

[116] Vgl. Enneccerus, Bd. 1 § 338 IIa; RGR.-Komm., § 496 Anm. 2.
[117] Vgl. § 496 Anm. 3.

Natur seien und diese rechtsgeschäftlichen Abwandlungen den gesetzlichen Vorschriften nicht zuwiderliefen.

Bei dem **Kauf mit Vorbehalt der Rückgabe** schließt jemand einen voll wirksamen Kaufvertrag ab, behält sich aber vor, die gekaufte Ware dem Verkäufer gegen Rückerstattung des Kaufpreises wieder zurückgeben zu können. In diesem Falle ist nicht auf die nachträgliche Billigung des Käufers, die den Kauf auf Probe zu einem bedingten Kauf macht, abzustellen, sondern auf die Möglichkeit der tatsächlichen Zurückgabe, die dem Kauf mit Rückgabevorbehalt als vertragsmäßiges Rücktrittsrecht innewohnt oder ihn nach anderer Ansicht [118] zu einem auflösend bedingten Kauf macht. Die Ansicht, den Kauf mit Rückgabevorbehalt doch als Kauf auf Probe aufzufassen, wird aber auch aus folgenden Gründen abzulehnen sein:

Auch bei dem Kauf auf Probe wird die Kaufware dem Käufer übergeben. Hier erfolgt die Übergabe aber nicht zum Zweck der Erfüllung, sondern nur zum Ausprobieren und läßt demzufolge auch nicht die Gefahr auf den Käufer übergehen. Bei dem Kauf mit Rückgabevorbehalt bedeutet die Übergabe des Kaufgegenstandes jedoch gleichzeitig Erfüllung des Verkäufers und hat damit auch den Gefahrübergang zur Folge.

Die Streitfrage, ob der Kauf mit Vorbehalt der Rückgabe noch unter den Begriff „Kauf auf Probe" fällt, ergibt sich auch für den **Kauf mit Umtauschklausel.** Dieser Unterfall des Kaufs liegt dann vor, wenn jemand einen Kaufvertrag über einen bestimmten Gegenstand abschließt und sich dabei vorbehält, diesen gegen einen anderen umtauschen zu können. Wann diese Kaufart vorliegt, wird sich oft aus den Umständen, die zu dem Abschluß dieses Kaufvertrags geführt haben, ergeben. Für die grundsätzlich stillschweigend zwischen den Parteien vereinbarte Abrede des Umtauschs sprechen sich z. B. Moeller [119] und Mittelhans [120] aus, dagegen Lasch [121] und Riebow [122].

Bei der Entscheidung dieser Frage sind in erster Linie das Verhalten der Parteien bei Vertragsschluß und ihre Vereinbarungen zu berücksichtigen, auf die die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB. anzuwenden sind. Daneben ist es aber auch schon in vielen Waren- und Kaufhäusern zu einer ständigen Einrichtung geworden, auf die Kassenzettel den Vermerk zu setzen: „Umtausch (und Beanstandungen) nur gegen Vorlage dieses Kassenzettels innerhalb zehn Tagen gestattet." Hier ist also die Umtauschklausel ohne weiteres zum Inhalt des abgeschlossenen Kaufvertrags gemacht.

---

[118] Vgl. Oertmann, § 495 Anm. 1c.
[119] Vgl. Seite 5.
[120] Vgl. Seite 12.
[121] Vgl. Seite 6.
[122] Vgl. Seite 4.

Daß von der Umtauschmöglichkeit innerhalb einer bestimmten Zeit Gebrauch zu machen ist, wenn dies auch nicht ausdrücklich vereinbart wurde, ist ein weiteres Erfordernis. Welche Frist dabei einer angemessenen entspricht, kommt wie bei dem Kauf auf Probe auf die Art und Größe der Kaufsache an und auf die Zeit, innerhalb der eine ordnungsmäßige Prüfung derselben erfolgen kann. Allgemeine Regeln lassen sich jedoch dafür nicht aufstellen [123].

Wie bereits gesagt, ist es sehr bestritten, ob der Kauf auf Umtausch noch zu dem Kauf auf Probe zu rechnen ist. Während der Kauf auf Probe ein bedingter Kauf ist, kommt bei dem Kauf mit Umtauschklausel zunächst ein unbedingter, d. h. voll wirksamer Kaufvertrag zustande. Die Umtauschklausel gibt also nicht das Recht, die gekaufte Ware bei Nichtgefallen wieder zurückgeben zu können, sondern nur die Möglichkeit, diese Ware gegen eine andere einzutauschen. Ein Rücktritt vom ganzen Vertrag wie beim Kauf auf Probe ist nicht mehr möglich. Der Kaufvertrag ist also insoweit unbedingt, als die Parteien ihre einmal erlangte Stellung als Verkäufer und Käufer nicht mehr ohne beiderseitige Vereinbarungen verlieren können und somit auch der Anspruch auf den Kaufpreis unbedingt zur Entstehung gelangt ist.

Wie weit nun die Möglichkeit, die gekaufte Ware gegen eine andere einzutauschen, zu erstrecken ist, wird, weil darüber wohl in den meisten Fällen keine Vereinbarung getroffen ist, nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln sein. Der Umtausch erfolgt Zug um Zug, d. h. die Übergabe des als Ersatz gewählten Gegenstandes erfolgt nur gegen die Rückgabe der ersten Kaufsache. Im Regelfall wird sich der Käufer den Ersatzgegenstand aus dem gesamten Warenlager des Verkäufers auswählen können [124]. Die ausgesuchte Ware muß zu dem gleichen Preis und den gleichen Bedingungen seitens des Verkäufers zur Verfügung gestellt werden, wie diese auch jedem Dritten gegenüber verkauft würde.

Schwieriger ist schon die Frage, ob der Umtausch auch dann gestattet sein soll, wenn der Käufer eine wesentlich teuerere Sache eintauschen will. Dies wird man dann zugeben können, wenn er den Preisunterschied zwischen alter und neuer Ware sofort bar bezahlt. Ist die eingetauschte Ware jedoch billiger als die ursprünglich gekaufte, wird man dem Käufer nicht das Recht zubilligen können, den Preisunterschied bar ausbezahlt zu erhalten. Da der Kaufvertrag mit Umtauschklausel bereits über einen festen Preis abgeschlossen wurde, muß der Käufer sich dazu verstehen, zu der eingetauschten, billigeren Ware noch eine andere, die er sich frei aus den vorhan-

[123] Vgl. OLG., Bd. 8 Nr. 4.
[124] Vgl. Masch, Seite 15.

denen auswählen kann[125], in Höhe des Preisunterschiedes zwischen alter und neuer Ware entgegenzunehmen.

Die Ansicht von Moeller[126], neben dem Ersatzgegenstand stehe dem Käufer kein Anspruch auf einen weiteren Gegenstand in Höhe des Preisunterschiedes zu, wird dagegen abzulehnen sein. Wie ungerecht selbst Moeller eine derartige Behandlung des Käufers erscheint, geht auch daraus hervor, daß er die weitere Entwicklung in dieser Frage dahingehen lassen will, dem Käufer einen erzwingbaren Anspruch auf Ausstellung eines Gutscheins in Höhe des Preisunterschieds zu geben.

Nachdem nun die Bedeutung und Auswirkung der Umtauschklausel aufgezeigt wurde, soll im folgenden noch ein kurzer Überblick über die rechtliche Natur der Umtauschklausel und ihre Beziehung zum Kauf auf Probe gegeben werden.

Die Ansichten, die sich im Laufe der Zeit über die Rechtsnatur des Kaufs mit Umtauschklausel gebildet haben, lassen sich im wesentlichen dahingehend unterscheiden, daß die eine Ansicht der Umtauschklausel jede rechtliche Bedeutung abspricht und somit dem Käufer keinen Anspruch gibt, den Umtausch zu erzwingen; die andere Ansicht vertritt den Standpunkt, der Käufer habe einen erzwingbaren Anspruch auf den Umtausch. Von den aufgestellten Theorien, so z. B.:

1. der Kauf mit Umtauschklausel ist ein Kauf mit Rücktrittsklausel[127];
2. der Kauf mit Umtauschklausel ist ein auflösend bedingter Kauf auf Probe mit einem pactum de emendo[128]

soll nur die näher betrachtet werden, die in dem Kauf mit Umtauschklausel nichts anderes als eine Art Kauf auf Probe sieht und somit der Umtauschklausel jede rechtliche Eigenbedeutung abspricht[129]. Dieser Auffassung des Kaufs auf Umtausch wird jedoch aus folgenden Gründen nicht beizutreten sein:

Zunächst ist der Kauf auf Probe, was durch die gesetzliche Regelung in den §§ 495, 496 BGB. noch einmal ausdrücklich bestätigt wurde, ein Kauf unter einer Bedingung. Liegt auch ein bereits rechtsverbindliches Kaufvertragsverhältnis vor, hindert den Käufer doch nichts daran, dieses jederzeit wieder durch seine Mißbilligung auflösen und aus seiner Käuferstellung ausscheiden zu können. Bei dem Kauf auf Umtausch kann nun der Käufer zwar auch die gekaufte Ware mißbilligen, d. h. erklären, er wolle sie aus irgendeinem Grunde nicht behalten. Diese Erklärung hat hier aber eine wesent-

---

[125] Vgl. Mittelhans, S. 18; Riebow, S. 12.
[126] Vgl. Seite 13 Anm. 13.
[127] Vgl. J. W. 1926/1791; Gruch. 64/23.
[128] Vgl. Riebow, S. 29; Mittelhans, S. 44.
[129] Vgl. OLG. Rostock in SA. 56/348; Dernburg II 2, § 193 Anm. II; Staub II, § 386 Anm. 16.

lich andere Bedeutung als bei dem Kauf auf Probe. Während sie dort jegliche Vertragswirkung beseitigt — sofern nicht noch ausdrücklich Verpflichtungen über den Verbleib der zum Ausprobieren übergebenen Ware übernommen wurden —, vermag sie dies hier, wie oben schon näher ausgeführt, nicht.

Der Käufer beim Kauf auf Umtausch bleibt immer Käufer, da ja der Kaufvertrag nicht unter einer Bedingung abgeschlossen wurde, sondern nur mit der Abrede, den Kaufgegenstand gegen einen anderen eintauschen zu können. Diese Möglichkeit wollten auch die Parteien zum Vertragsinhalt machen; hätten sie ein Geschäft, wie es der Kauf auf Probe ist, abschließen wollen, würden sie eine andere Ausdrucksweise gewählt haben.

Zum Schluß sei noch auf die h. L. hinsichtlich der Rechtsnatur des Kaufs auf Umtausch eingegangen. Sie hat sich der sog. Bedingungstheorie angeschlossen. Darnach ist der Kauf auf Umtausch ein unter der auflösenden Bedingung des Abschlusses eines neuen Kaufs abgeschlossener Kauf[130], mit anderen Worten ein auflösend bedingter Kauf mit einem pactum de vendendo, wonach der Verkäufer nicht berechtigt ist, eine neue Kaufofferte des Gegners in Bezug auf ein Stück seines Warenbestandes sine iusta causa zurückzuweisen[131]. Hier werden demnach zwei Verträge unterschieden, nämlich zunächst ein Kaufvertrag, dann aber auch noch ein Umtauschvertrag mit der Bedeutung, daß er die auflösende Bedingung für den Kaufvertrag ist. Bedingt – in der Bedeutung von ungewiß — ist somit bei dem Kauf auf Umtausch nicht so sehr der Kauf-„Vertrag" an sich, als vielmehr die gekaufte Ware.

§ 11

Der Wiederkauf.

Bei dem Wiederkauf (§§ 497—503 BGB.) wird gelegentlich des Abschlusses eines Kaufvertrags von den Parteien ein zweiter Kaufvertrag über die gleiche Sache unter Vertauschung der Käufer- und Verkäuferstellung vereinbart. Die Wirksamkeit dieses vereinbarten Kaufs hängt von der Erklärung des Erstkäufers ab, von dem vereinbarten Wiederkaufsrecht Gebrauch zu machen. Diese Erklärung bedarf nicht der Annahme[132], sondern der Wiederkauf kommt unmittelbar durch ihre Abgabe zustande. Voraussetzung für die Abgabe einer solchen Erklärung ist jedoch immer, daß auch ein wirklicher Kaufvertrag vorliegt[133].

---

[130] Vgl. Enneccerus, Bd. 1 § 338 I 1; Planck, § 495 Anm. 1; Staub, § 382 Anm. 15.
[131] Vgl. Oertmann, § 495 Anm. 1c; Cosack, Bd. 1 § 132 I 1.
[132] Vgl. RGZ. 107/406.
[133] Vgl. RGZ. 74/1.

Nach den Motiven[134] hat das Wiederkaufsrecht die Bedeutung eines Reurechts, des Vorbehalts eines Rücktritts. Zwei Rechtsvorgänge sind auseinanderzuhalten: die Vereinbarung, der Verkäufer solle berechtigt sein, den Kaufgegenstand wieder zu kaufen, der Käufer aber verpflichtet, dem Verkäufer auf Verlangen die gekaufte Sache wieder zu verkaufen (Wiederkaufsvorbehalt) und die Ausübung des Wiederkaufsrechts (Wiederkauf).

Das dingliche Wiederkaufsrecht, das im BGB. nicht geregelt ist, enthält eine Belastung des Grundstücks zu Gunsten des Wiederkaufsberechtigten. Entsprechend dem dinglichen Vorkaufsrecht ist es ein entgeltliches Erwerbsrecht mittels Übereignung. Im früheren Landesrecht konnte durch Gesetz ein dingliches Wiederkaufsrecht geschaffen werden[135]. Auch im Reichssiedlungsrecht ist ein gesetzliches, dingliches Wiederkaufsrecht des Siedlungsunternehmers an der Ansiedlerstelle und des früheren Eigentümers gegenüber dem Siedlungsunternehmer nach Ablauf von zehn Jahren bei Nichtverwertung zur Siedlung enthalten[136].

Erwähnt sei noch, daß auch der umgekehrte Fall: der Kauf unter Vorbehalt des Wiederverkaufsrechts gegenüber dem früheren Verkäufer denkbar ist. Dieser äußerst selten vorkommende Fall hat jedoch keine Regelung durch den Gesetzgeber gefunden[137].

Ob das Wiederkaufsrecht schon den Römern bekannt war, erscheint sehr zweifelhaft. Zwar werden zwei Quellenstellen als Beweis für dessen Vorhandensein angeführt[138]; diese sind jedoch sehr wahrscheinlich nur als in favorem venditoris pacta displicentiae aufzufassen[139]. Von vielen Schriftstellern wird aber die Kenntnis des Wiederkaufsrechts für das römische Recht überhaupt in Abrede gestellt[140].

Eine vermittelnde Stellung nimmt zu dieser Frage Strippelmann[141] ein, nach dem zwar dem römischen Recht das Wiederkaufsrecht schon bekannt war, über seine Anwendbarkeit und Bedeutung jedoch große Unklarheit herrschte.

Als das Grundeigentum auf deutschem Boden aus der Form des Gesamteigentums immer mehr in Privatbesitz überging, war es nur ein kleiner Schritt von der bisherigen Unveräußerlichkeit des Grund und Bodens bis zur wechselseitigen Veräußerung desselben. Dazu

---

134 Vgl. II Seite 342.
135 Vgl. Art. 29 Preuß. AG. zum BGB.
136 Vgl. §§ 20, 21, Reichssiedlungsgesetz vom 11. August 1919.
137 Vgl. Mot. II S. 342.
138 Vgl. 1. 2 Cod. de pact. inter emtorem et venditorem compositis 4, 54 (Imp. Alexander); 1. 12 D. de praescriptis verbis et in factum actionibus 19, 5.
139 Vgl. Nettelbladt, Sect. II cap. 1 § 20.
140 Vgl. Glück, Komm. Teil XVI Abt. I Seite 199 ff; von Holtzendorff, Bd. 3 Seite 491.
141 Vgl. Teil VI, XXIII Seite 256.

war jedoch häufig nicht nur die Zustimmung der nächsten Erben, sondern bisweilen auch die der Markgenossen und Nachbarn erforderlich[142]. Bei Verletzung dieser oder auch einer anderen Vorschrift hatten die dadurch Beschwerten schon damals die Möglichkeit, ohne weiteres und zwar jederzeit das Näherkaufsrecht auszuüben[143].

Dem geldbedürftigen deutschen Grundbesitzer konnten aber die mit Einräumung der Gewere verbundene Pfandbestellung und die Bürgschaft als zunächst einzige Geldbeschaffungsmöglichkeiten meist nicht in genügendem Maße helfen, da entweder der Pfandbesitz für den Geldgeber keine genügende Sicherheit bot oder kein Bürge zu finden war. Infolge dieses Umstandes ging man dann allmählich im 13. Jahrhundert doch dazu über, sein Grundstück zur Sicherung einer Forderung, auch ohne die obengenannte Zustimmung, zu verkaufen, wobei aber gleichzeitig eine etwaige Rückforderung des Grundstücks gegen Rückerstattung des Kaufpreises vereinbart wurde.

Diese auflösend bedingte Sicherungsübereignung ging dann im Laufe der Zeit in die Form des Verkaufs mit Vorbehalt des Wiederkaufs über[144].

Im gemeinen Recht wurde dann das Wiederkaufsrecht weiter entwickelt. Hinsichtlich seiner Rechtsnatur vertrat man verschiedene Theorien, deren drei wichtigste hier angeführt seien:

Herrschend war die Vorvertragstheorie (vgl. S. 42), die den etwaigen Abschluß eines Kaufvertrags in umgekehrter Richtung zum Inhalt des Wiederkaufsrechts macht[145].

Nach einer anderen Ansicht, als deren Hauptvertreter Bechmann[146] anzusehen ist, enthält das Wiederkaufsrecht die Abrede eines Rücktrittrechts, das jederzeit geltend gemacht werden kann.

Die älteste, von Dabelow[147] vertretene Theorie sah in der Ausübung des Wiederkaufsrechts den Eintritt einer auflösenden Bedingung. Diese Auffassung hat sich jedoch schon in der damaligen Zeit nicht durchzusetzen vermocht, da sie folgenden Widerspruch in sich selbst enthält: tritt die auflösende Bedingung ein, d. h. wird das Wiederkaufsrecht ausgeübt, wird der ganze erste Kaufvertrag mit rückwirkender Kraft unwirksam, so daß das Wiederkaufsrecht, das doch gerade einen gültigen Kaufvertrag als Voraussetzung hat, jeder rechtlichen Grundlage entbehrt.

---

142 Vgl. Moll, § 2.

143 Vgl. Stobbe, Bd. 2 Abt. 1 Seite 121.

144 Vgl. Gierke, Bd. 2 S. 812.

145 Vgl. Sintenis, Bd. 2 S. 557; Glück, S. 119 ff.; Strippelmann, S. 260, der jedoch die Verpflichtung, die der Käufer durch das pactum redrovenditionis übernimmt, mehr als einen Nebenvertrag betrachtet, der dem Wiederkauf nicht mehr die Bedeutung eines neuen Kaufvertrags zu geben vermag.

146 Vgl. Bd. 2 S. 534.

147 Vgl. Bd. 2 S. 570.

Das BGB. hat die Lösung der Streitfrage über die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts der Wissenschaft und Praxis überlassen [148]. Neben die Theorien, die den Wiederkauf schon im gemeinen Recht zu erklären und bestimmen suchten, sind seit Inkrafttreten des BGB. noch andere getreten, deren bekannteste hier zunächst angeführt seien [149], da sich aus ihnen der Inhalt des Wiederkaufsrechts (entsprechendes gilt auch für das Vorkaufsrecht) am besten ergibt, dann aber insbesondere hinsichtlich ihrer Bedeutung für den Wiederkauf als bedingten Kaufvertrag untersucht werden sollen.

Die **Theorie des Rücktrittsrechts,** die schon im gemeinen Recht bekannt war, lehrt, der Wiederkauf sei ein Kauf unter Vorbehalt des Rücktrittsrechts, „das allerdings im BGB. eine besondere, von den allgemeinen Regeln des Rücktrittsrechts abweichende Regelung erhalten hat" [150]. Nun haben zwar die Vereinbarungen des Rücktrittsvorbehalts und des Wiederkaufsrechts (§§ 346, 497 BGB.) gemeinsam, daß sie in einem Vertrag vereinbart und durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung herbeigeführt werden (§§ 349, 497 BGB.), weisen andererseits aber so viele und große Unterschiede auf, daß man von einem lediglich abgewandelten Rücktrittsrecht beim Wiederkauf wohl kaum mehr sprechen kann. Dies ist auch die h. L. [151]. Der Hauptunterschied zwischen dem Vorbehalt des Rücktrittsrechts und dem Wiederkauf ist darin zu sehen, daß bei ersterem im Falle des § 346 BGB. der Zustand wieder hergestellt werden muß, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre [152]. Darnach haben die Parteien die vor dem Rücktritt empfangenen Leistungen ausnahmslos zurückzugewähren, während bei dem Wiederkauf von einer Aufhebung des ersten Kaufs im BGB. nichts gesagt ist. Außerdem wären bei einem Rücktritt vom Kauf die während der Zwischenzeit gezogenen Früchte und Nutzungen herauszugeben, der Kaufpreis müßte zurückerstattet und Verwendungen auf die Kaufsache ersetzt werden. Alle diese Folgerungen ergeben sich aber beim Wiederkauf nicht (§ 498 Abs. I BGB.). Ein weiterer Unterschied zwischen Rücktrittsrecht und Wiederkauf besteht darin, daß ersterer zeitlich begrenzt ist; ist keine Frist bestimmt, kann von dem Verpflichteten für die Ausübung eine angemessene Frist bestimmt werden, nach deren Ablauf das Rücktrittsrecht, sofern es nicht schon vorher geltend gemacht wude, erlischt (§ 335 BGB.). Beim Wiederkauf ist dagegen — es müßte denn von den Parteien eine andere Regelung

[148] Vgl. Mot. II S. 340, wo es heißt: „der Entwurf wolle über die juristische Konstruktion des Wiederkaufs nichts bestimmen."
[149] Vgl. Voigt, S. 50 ff.
[150] Vgl. Kuhlenbeck, Bd. *2* S. *268*.
[151] Vgl. Enneccerus, Bd. 1 § 339 Ia; Matthias, § 110 Anm. *2*; Staudinger, § 497 Vorbem. *3*.
[152] Vgl. Schollmeyer, S. *39*.

getroffen sein — eine gesetzliche Frist (§ 503 BGB.) für die Ausübung des Rechts vorgeschrieben, die Möglichkeit einer Fristsetzung für den Wiederverkäufer also nicht gegeben. Auf Grund all dieser Unterschiede ist somit der Gleichsetzung von Wiederkaufsrecht und Vorbehalt des Rücktrittsrechts nicht zuzustimmen, da beide sowohl grundsätzlich als auch hinsichtlich ihrer Auswirkung verschieden sind.

Die im gemeinen Recht herrschende **Vorvertragstheorie** soll nach Dernburg und Schütze [153] auch noch für das BGB. gelten.

Wollte man die Vereinbarung des Wiederkaufs jedoch als einen Vorvertrag auffassen, würde man sich in Widerspruch zu dem Gesetz stellen, das nach § 497 Abs. 1 Satz 1 BGB. den Wiederkauf mit der einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung des Verkäufers zustandekommen läßt. Dernburg will als Ersatz für den zweiten Vertrag, der doch notwendig zu dem Vorvertrag hinzukommen muß, diese Erklärung ansehen. Seine Erklärung, die die Gesetzesbestimmungen, die der Vorvertragstheorie widersprechen, nur als eine Auswirkung des Vereinfachungsstrebens des positiven Rechts betrachtet, wird von Matthias [154] mit Recht als ein Verzicht auf die rechtliche Konstruktion des Wiederkaufs gekennzeichnet. Wegen dieser Erwägungen ist auch die h. L. zur Ablehnung der Vorvertragstheorie für den Wiederkauf gekommen [155].

Eine weitere Lehrmeinung sieht in dem Vorbehalt des Wiederkaufs nur einen **Einlösungsanspruch.** Als Hauptvertreter dieser Theorie ist Schollmeyer [156] anzusehen, dessen Ansicht auch von Zitelmann [157] u. a. geteilt wird.

Inhalt dieser Lehrmeinung ist, daß der Vorbehalt des Wiederkaufs ein Recht auf Einlösung des Kaufgegenstandes bedeutet. Das Schuldverhältnis, das durch die einseitige Erklärung entstehe, sei zwar gegenseitig, ohne jedoch ein Vertrag zu sein, sei zwar kein Kauf, aber doch wie ein solcher zu behandeln. Gegen diese Theorie sprechen schon die Worte des Gesetzes, das ausdrücklich von einem Kauf, Wiederverkäufer und Wiederkäufer spricht. Außerdem aber ist in dem Wiederkaufsrecht nicht ein Anspruch gewöhnlicher Art zu sehen, da er, wie dies sonst nur bei familienrechtlichen Ansprüchen der Fall ist, nicht der Verjährung unterliegt, sondern durch Gesetz oder Vertrag befristet ist. Auch Enneccerus [158] lehnt diese Auffassung des Wiederkaufs ab und sagt: als Einlösungsanspruch

---

[153] Vgl. Bd. 2 S. 119; S. 99 ff.
[154] Vgl. S. 289.
[155] Vgl. Planck, § 497 Anm. 7; Oertmann, § 497 Vorbem.; Enneccerus, Bd. 1 § 393 Ib.
[156] Vgl. S. 40 ff.
[157] Vgl. Bd. 2 S. 44 ff.
[158] Vgl. Bd. 1 § 339 I d. Anm. 3.

kann das Wiederkaufsrecht nicht angesehen werden, weil dieser Anspruch erst durch die Wiederkaufserklärung entsteht.

Eine neue, dem gemeinen Recht noch nicht bekannte Lehrmeinung wurde von Planck aufgestellt[159]: die **Theorie der Rückkaufofferte.**

Planck sieht in dem Vorbehalt des Wiederkaufs einen Vertragsantrag, an den der Käufer während der in § 503 BGB. aufgestellten Frist gebunden ist. Dieser Theorie ist u. a. auch Endemann[160] beigetreten. Die Grundlage dieser Lehrmeinung bildet § 497 Abs. 1 Satz 1 BGB.; darnach kommt der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, er übe das Wiederkaufsrecht aus, zustande. Die Theorie geht davon aus, daß ein Vertrag sich aus einen Vertragsantrag und der Annahme desselben zusammensetzt. Da nun auch der Wiederkauf ein Kaufvertrag ist, muß auch er aus Annahme und Antrag bestehen. Die Annahme soll beim Wiederkauf in der Abgabe der Erklärung des § 497 Abs. 1 Satz 1 BGB. liegen, wo es heißt, der Wiederkauf komme mit dieser Erklärung zustande. Als Vertragsantrag bleibt somit nur noch der bei Abschluß des Kaufvertrags ausbedungene Vorbehalt des Wiederkaufs übrig. Gegen diese Theorie spricht insbesondere die in § 497 Abs. 1 Satz 2 BGB. aufgestellte Formfreiheit der Wiederkaufserklärung, die nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form bedarf. Außerdem läßt sich aber auch die in § 503 BGB. aufgestellte Frist für die Geltendmachung des Wiederkaufsrechts nicht mit dem in § 147 BGB. aufgestellten Grundsatz — wie überhaupt mit den §§ 145 ff. BGB. — in Einklang bringen. Gegen diese Theorie haben sich insbesondere Enneccerus[161], Kuhlenbeck[162] und Oertmann[163] ausgesprochen.

Zum Schluß sei noch auf die von Enneccerus[164] aufgestellte **Theorie des aufschiebend bedingten Rückkaufs** eingegangen, der sich sowohl die h. L.[165], als auch das Reichsgericht[166] angeschlossen haben.

Nach dieser Theorie, die bereits das gemeine Recht kannte, ist unter dem Wiederkaufsvorbehalt der Abschluß eines aufschiebend bedingten Rückkaufvertrags zu sehen, wobei die Abgabe der Wiederkaufserklärung die Bedingung ist. Da die Abgabe dieser Erklärung lediglich von dem Willen des Berechtigten abhängt, liegt eine reine Willkür- oder Potestativbedingung vor, über deren Verwendungs-

---

159 Vgl. Planck, § 497 Anm. 7.
160 Vgl. S. 1012 Anm. 18.
161 Vgl. Bd. 1 § 339 Ic.
162 Vgl. JW. 1901/398.
163 Vgl. § 497 Vorbem. 2b.
164 Vgl. Bd. 1 § 339 I, 2.
165 Vgl. Staudinger, § 497 Vorbem. I, III; Matthias, S. 521; Oertmann, § 497 Vorbem. 2b; Hahn, S. 32 ff.
166 Vgl. RGZ. 69/282; 72/385.

möglichkeit bereits gesprochen wurde [167]. Dagegen richteten sich auch im gemeinen Recht die Hauptangriffe. Warum soll man aber bei dem Kauf auf Probe den Kaufvertrag von einer Wollensbedingung abhängen lassen können, beim Wiederkauf dies jedoch unter Berufung auf die Haltung des gemeinen Rechts ablehnen? Mag sich auch in der Ausdrucksweise des Gesetzgebers in § 497 Abs. 1 Satz 1 BGB. kein Anhaltspunkt dafür ergeben, den Wiederkauf als einen aufschiebend bedingten Rückkauf aufzufassen, so ist doch andererseits aber auch noch nicht der Schluß gerechtfertigt, der Gesetzgeber hätte damit diese Konstruktion ablehnen wollen, zumal er sich auch nicht auf eine andere Konstruktion festlegte. Als weiteren Einwand führen die Gegner dieser Theorie an, der Wiederkauf könne nicht als bedingter Kauf aufgefaßt werden, da die Gefahrtragung, die § 498 Abs. 2 Satz 2 BGB. regelt, eine Abweichung von den in den §§ 323 Abs. 1 bzw. 459 ff. BGB. aufgestellten Regeln bedeute. Nach § 446 BGB. geht die Gefahr erst mit der Übergabe auf den Käufer über. Hinsichtlich dieser abweichenden Regelung ist jedoch in den Protokollen [168] gesagt, der Wiederkäufer, dem der Vorteil einer etwaigen zufälligen Verbesserung der Kaufsache zugutekomme, müsse auch die Gefahr der zufälligen Verschlechterung tragen. Aus diesen Ausführungen ergibt sich nun, daß auch diese Auffassung des Wiederkaufs sich zwar nicht in allen Punkten mit dem Wortlaut des Gesetzes deckt; jedenfalls genießt diese Theorie aber gegenüber den anderen Lehrmeinungen, die das Wiederkaufsrecht rechtlich zu ergründen suchen, den Vorzug, die möglichst ungezwungene und sich mit den gesetzlichen Bestimmungen am besten vereinbarende Auffassung herausgestellt und auch begründet zu haben.

§ 12

Der Vorkauf.

Es gibt gesetzliche und vertragliche Vorkaufsrechte. Im BGB. ist nur ein Fall des gesetzlichen Vorkaufsrechts enthalten, das den Miterben hinsichtlich ihrer Anteile am Nachlaß mit dinglicher Wirkung zusteht (§ 2034 BGB.) [169]. Das vertragliche Vorkaufsrecht kann von persönlicher oder dinglicher Wirkung sein.

Unter dem Vorkaufsrecht (§§ 504—514, 1094—1104 BGB.) ist das einer bestimmten Person eingeräumte Recht zu verstehen, mit dem Verkäufer einer gewissen Sache den Kaufvertrag, den er mit einem

---

[167] Vgl. S. 4.

[168] Vgl. II S. 86.

[169] Weitere gesetzliche Vorkaufsrechte sind im Reichssiedlungsgesetz §§ 4—11 und im Reichsheimstättengesetz vom 10. Mai 1920 (neugefaßt: 25. November 1937) § 11 enthalten.

Dritten abschließen will, unter den gleichen Bedingungen selbst abzuschließen [170].

Schon im römischen Recht gibt es zahlreiche Quellenstellen, die das Vorhandensein des Vorkaufsrechts beweisen. Als wichtigster Fall ist das gesetzliche Vorkaufsrecht des Eigentümers der Emphyteuse bekannt [171]. Hiernach war der Emphyteuta verpflichtet, dem Eigentümer die beabsichtigte Veräußerung der Emphyteuse unter Angabe der Verkaufsbedingungen mitzuteilen. Der Eigentümer konnte dann entweder innerhalb zweier Monate sein Vorkaufsrecht geltend machen oder 2 % des Verkaufspreises fordern. Wurde die Benachrichtigungspflicht verletzt, konnte der Grundherr das Grundstück einziehen. Erst im justinianischen Recht konnten die Emphyteusen auch von privaten Grundherren begründet werden, während dies früher nur bei den kaiserlichen Dominialgrundstücken als agri patrimoniales möglich war [172].

Neben dem gesetzlichen Vorkaufsrecht gab es auch noch ein rechtsgeschäftliches. Lassen sich auch dafür keine eindeutigen Quellenbeweise erbringen, ist doch an dieser Begründungsmöglichkeit nicht zu zweifeln [173].

Ähnlich der Entwicklung des Wiederkaufsrechts vollzog sich im deutschen Recht auch die des Vorkaufsrechts, dessen Wurzel hier in den gesetzlichen Retrakt- oder Näherrechten zu sehen ist, die ihrerseits wieder ihren Ursprung in der besonderen Wertschätzung des Grund und Bodens und dessen Beziehungen zum Sippenverband hatten und einen Überrest des alten Gemeineigentums bildeten [174]. Auch als dies schon völlig durch das Privateigentum verdrängt worden war, blieben gewisse Familienrechte noch erhalten, was besonders deutlich an dem Erbenwartrecht und Beispruchsrecht erkennbar ist [175].

Für den Verkauf von Grundstücken war die Zustimmung gewisser Verwandten erforderlich. War der Verkauf ohne dieselbe erfolgt, konnten die Verwandten auf dem Klageweg aus dem Beispruchsrecht die Herausgabe verlangen. Die Verfügungsbeschränkung des Eigentümers wurde in der Folgezeit immer mehr dadurch abgeschwächt, daß man den Verwandten nur noch das Näherrecht zugestand. Dadurch blieb die Veräußerung zwar wirksam, der Käu-

---

170 Vgl. RGZ. 67/43; ALR. 1. Teil, 20. Tit., 3. Abschnitt § 568.

171 Vgl. I, 3 Cod. de emphyteutico iure 4. 66 (Imp. Justinianus). Weitere Quellenstellen für das gesetzliche Vorkaufsrecht: 1. 16 D. de reb. auct. jud. possident. seu vendend. 42, 5 und 1. 1 Cod. de metallariis et metallis et procuratoribus metallorum.

172 Vgl. Dernburg, § 260 S. 246.

173 Vgl. Sintenis, Bd. 2 S. 619 Anm. 235.

174 Vgl. Enneccerus, Bd. 2, 1 § 126 II.

175 Vgl. Gierke, Bd. 2 § 152 ff.

fer mußte aber den berechtigten Verwandten das Grundstück gegen Rückerstattung des Kaufpreises wieder herausgeben.

Gierke versteht unter dem Näherrecht das dingliche Recht, eine Sache, falls sie an einen Minderberechtigten verkauft wird, von dem Besitzer gegen Erstattung des ersten Kaufpreises neben sonstigen Kosten zu erwerben.

Der Hauptunterschied zwischen dem deutschen Näherrecht und dem römischen Vorkaufsrecht besteht darin, daß die Geltendmachung des ersteren einen bereits fest abgeschlossenen Kaufvertrag als Voraussetzung hatte, während das römische Vorkaufsrecht bereits durch den Willen, einen Kaufvertrag abzuschließen, ausgelöst wurde; ferner bezog sich das Näherrecht bestimmter Personen nur auf Grundstücke, das Vorkaufsrecht aber konnte auch an Fahrnis und zwar von jeder beliebigen Person begründet werden. Diese Unterschiede wurden jedoch im gemeinen Recht so gering erachtet, daß man vielfach versuchte, die beiden Begriffe als einheitliches Rechtsinstitut aufzufassen [176]. Sogar gesetzlich wurde dieser Irrtum verankert [177], so daß heute eine Unterscheidung der beiden Einrichtungen für die damalige Zeit oft nicht mehr möglich ist. Erst in der späteren Zeit des gemeinen Rechts wurde wieder die Trennung von persönlichem - (entsprechend dem römischen Vorkaufsrecht) und dinglichem Vorkaufsrecht (entsprechend dem deutschen Näherrecht) vorgenommen.

Die drei wichtigsten Lehrmeinungen des gemeinen Rechts über die Rechtsnatur des Vorkaufsrechts seien hier angeführt:

Nach Unterholtzner [178] bedeutet der Vorbehalt des Vorkaufsrechts teils eine bloße Verbindlichmachung, teils eine auflösende Bedingung. Diese Auffassung des Vorkaufsrechts als die Verbindung zweier Rechtsgeschäfte ist jedoch abzulehnen, da das Vorkaufsrecht als ein einheitliches Rechtsinstitut aufzufassen ist und als solches auch nur eine Rechtsnatur haben kann.

Eine ältere Ansicht, die sich auf römische Quellenstellen stützt [179], sieht in der Vereinbarung des Vorkaufsrechts die Verpflichtung des Käufers, die Sache für den Fall eines Verkaufs an einen Dritten keinem anderen als dem Verkäufer zu überlassen. Diese Auffassung wird schon von Sintenis [180] abgelehnt, da sie keine Bestimmungen über die dem Käufer von dem Dritten gebotenen Bedingungen und deren Bedeutung für den Vorkaufsberechtigten enthält.

Die h. L. des gemeinen Rechts sah in dem Vorkaufsrecht das Recht auf Abschluß eines Kaufvertrags (ius ad contrahendum), ver-

---

176 Vgl. dagegen Sintenis, S. 649 Anm. 235.
177 Vgl. ALR. 1 Teil, 20. Titel, 3. Abschnitt §§ 568 ff.
178 Vgl. Bd. 2 § 434.
179 Vgl. Glück, § 990 Anm. 45.
180 Vgl. S. 649.

bunden mit der Verpflichtung (obligatio ad c.), den Kaufvertrag vor einem Dritten mit dem Vorkaufsberechtigten abzuschließen. Faßt man also das Vorkaufsrecht als einen Vertrag auf, ist es ein Vorvertrag (pactum de contrahendo)[181], der den Abschluß eines anderen Vertrags (pactum de vendendo, da ein Kaufvertrag vorliegt) zum Inhalt hat.

Auch seit Einführung des BGB. wurden für das Rechtsinstitut des Vorkaufs wieder verschiedene Lehrmeinungen aufgestellt.

Die **Einlösungstheorie**[182] sieht in dem Vorkaufsrecht das Recht zu einer einseitigen Rechtshandlung des Vorkaufsberechtigten. Die Rechtshandlung besteht in der formlosen Erklärung an den Verkäufer, er fordere von ihm die Übereignung des an den Dritten veräußerten Gegenstandes. Auch Schollmeyer muß zugeben, daß durch die Abgabe dieser Erklärung ein neues Schuldverhältnis entsteht. Dies sei jedoch kein Kauf, sondern nur ein kaufähnliches Schuldverhältnis; dabei verweist er auf den seiner Ansicht nach ähnlich gelagerten Fall des § 915 BGB. § 505 Abs. 2 BGB. spricht dagegen ausdrücklich von einem Kauf, wie es auch in den Motiven[183] und Protokollen[184] der Fall ist. Auch das Reichsgericht[185] sagt, daß man — wenigstens vom Standpunkt des BGB. aus — nicht von einer Einlösung des Vorkaufsberechtigten sprechen könne.

Entsprechend der Vorvertragstheorie (vgl. S. 46) des gemeinen Rechts, wird diese Auffassung des Vorkaufsrechts auch noch vereinzelt für das BGB. vertreten[186].

Die **Offertentheorie**[187] sieht in dem Vorbehalt des Vorkaufs „einen den Verpflichteten bindenden auf Abschluß des Verkaufs gerichteten Vertragsantrag". Die Abgabe der Erklärung durch den Vorkaufsberechtigten soll also unmittelbar das Zustandekommen eines Vertrags zur Folge haben. Diese Auffassung ist aber abzulehnen, weil der Gesetzgeber in § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Erklärung, das Vorkaufsrecht ausüben zu wollen, im Gegensatz zu bestimmten Kaufverträgen (§ 313 BGB.) formfrei gelassen hat. Außerdem widerspricht auch die lange Gebundenheit des Verpflichteten dem Wesen der Offerte[188], zumal der Gesetzgeber in § 147 BGB. die Annahme eines Vertragsantrags entweder nur sofort, oder innerhalb einer knapp bemessenen Zeit zuläßt.

---

181 Vgl. Bechmann, § 190.
182 Vgl. Schollmeyer, S. 42 ff.
183 Vgl. Mot. II, S. 346, 347.
184 Vgl. Prot. II, S. 100 Abs. III.
185 Vgl. RGZ. 67/44.
186 Vgl. Dernburg, Das Bürgerliche Recht, S. 88 Ziff. 1, S. 92 Ziff. 5.
187 Vgl. Planck, § 505 Anm. 3.
188 Vgl. Enneccerus, Bd. 1 § 339 Ic.

Ähnlich dem Wiederkauf hat sich auch für den Vorkauf die hauptsächlich von Enneccerus [189] vertretene **Theorie des aufschiebend bedingten Verkaufs durchgesetzt.** Hiernach ist in dem Vorbehalt des Vorkaufs ein aufschiebend bedingter Verkauf an den Berechtigten zu sehen. Abhängig ist der Verkauf von dem Eintritt zweier Potestativbedingungen, nämlich:

1. daß der Verpflichtete die Sache an einen Dritten verkauft,
2. daß der Berechtigte sein Vorkaufsrecht ausübt.

Dieser Auffassung hat sich neben der h. L. auch ein großer Teil der Rechtsprechung angeschlossen [190].

Das dingliche Vorkaufsrecht ist das dingliche Recht an einem Grundstück, das dem Berechtigten gegenüber dem Grundeigentümer (= Verpflichteten) ein Vorkaufsrecht gibt. Gegenstand desselben kann nur ein Grundstück oder ein grundstückgleiches Recht sein. Das dingliche Vorkaufsrecht ist ein entgeltliches, dingliches Erwerbsrecht mittels Übereignung. Infolgedessen ist es nicht nur hinsichtlich der Person des Grundeigentümers von dinglicher Wirkung, sondern wirkt auch gegen Dritte. Inhalt, Ausübung und Wirkung des dinglichen Vorkaufsrechts entsprechen weitgehend dem persönlichen Vorkaufsrecht; nur ist der Anspruch auf Übereignung gegenüber dem verkaufenden Grundeigentümer mit dinglicher Kraft dadurch ausgestattet, daß bereits dem Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung dieses künftigen Anspruchs beigelegt ist (§ 1098 Abs. 2 BGB).

Kauf auf Probe, Wiederkauf und Vorkauf sind die im BGB. enthaltenen bedingten Kaufverträge; daneben werden aber im Geschäftsverkehr des täglichen Lebens noch viele, andersartige Kaufverträge unter einer Bedingung abgeschlossen. Eine Zusammenstellung der wichtigsten hiervon bilde den Schluß dieser Arbeit.

B. Sonstige bedingte Kaufverträge.

§ 13

Der Kauf zukünftiger Sachen (emtio rei speratae) und Geschäfte ähnlicher Art.

Bei dem Kauf zukünftiger Sachen ist die Kaufsache z. Zt. des Abschlusses des Kaufvertrags noch nicht vorhanden, wodurch der Kaufvertrag von Rechts wegen durch die künftige Entstehung der Kaufsache aufschiebend bedingt ist. Bekannte Beispiele für diese Art des bedingten Kaufs [191] sind: der Kauf der Früchte einer bevorstehenden Ernte, des von einer Kuh zu werfenden Kalbes, von Holz

[189] Vgl. Bd. 1 § 340 I.
[190] Vgl. OLG. 1/293; RGZ. 67/42 ff; 69/281 ff.
[191] Vgl. RGR. Komm. § 433 Anm. 6a.

auf dem Stamm, der Ausbeutung eines Steinbruchs [192]. Gelangt die Kaufsache zur Entstehung, wird der Kaufvertrag unbedingt, und der vereinbarte Kaufpreis muß immer bezahlt werden, ohne Rücksicht auf die jetzige Preiswürdigkeit der im voraus verkauften Sache.

Nicht zu verwechseln mit diesem bedingten Kauf ist der Lieferungskauf, bei dem die Verpflichtung des Käufers auf der Herstellung des Kaufgegenstandes beruht, der also nicht unabhängig vom Verkäufer und Käufer entsteht [193].

Sehr nahe liegt auch eine Verwechslung des Kaufs zukünftiger Sachen mit dem Hoffnungskauf (emtio spei) [194], der jedoch im Gegensatz zu ihm unbedingt ist. Kaufgegenstand ist hier eine Erwerbsaussicht, weshalb der Kaufpreis auch dann zu entrichten ist, wenn die Hoffnung auf den Erwerb fehl schlägt [195]. Als Beispiel dafür wird meist das ausgeworfene Fischernetz, das leer aus dem Wasser gezogen wird, angeführt, auf dessen Inhalt der Käufer gerechnet hatte. Der Unterschied zwischen dem Kauf zukünftiger Sachen und dem Hoffnungskauf besteht somit darin, daß bei ersterem der Käufer nur die Gefahr hinsichtlich der Menge und Güte der Kaufsache, bei letzterem aber auch hinsichtlich ihrer Entstehung trägt.

Im BGB. sind diese Kaufverträge zwar nicht besonders behandelt. Ihre Zulässigkeit ist aber nicht nur aus dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit gegeben, sondern schon die Motive [196] sagen, daß man nur besondere Bestimmungen darüber als überflüssig ansah.

§ 14

Der Trödel- oder Trödlervertrag.

Der Trödel- oder Trödlervertrag ist ebenfalls nicht im BGB. geregelt und läßt sich auch nicht ohne weiteres in irgendeine andere Vertragsart einordnen. Die Motive [197] sagen, auf ihn sollen je nach dem wirtschaftlichen Zweck und dem Willen der Parteien, für deren Auslegung die Verkehrssitte in Betracht kommen kann, Vorschriften über den Auftrag, den Kauf, die Verkaufskommission, den Dienst- und Werkvertrag oder den Gesellschaftsvertrag entsprechende Anwendung finden.

Schon im römischen Recht herrschte keine einheitliche Auffassung über den Trödelvertrag (contractus aestimatorius). Vor allem ging der Streit darum, wie das „rem vendendam dare" aufzufassen sei,

---

192 Vgl. auch RGZ. 72/312.
193 Vgl. ROHG. 1/141.
194 Vgl. L. 11 D. de her. vend. 18, 4; L 8 § 1 D. 18, 1.
195 Vgl. RGZ. 77/244, 344.
196 Vgl. Mot. I, S. 320.
197 Vgl. Mot. I, S. 517.

ob als Mandat, locatio conductio, conductio operarum o. ä.[198]. Außer dem römischen Recht hatten auch das ALR.[199] und das Sächs. GB.[200] den Trödelvertrag geregelt.

Der Trödelvertrag selbst besteht darin, daß die eine Partei — meist der Eigentümer — der anderen eine Sache überläßt, für die diese entweder innerhalb einer bestimmten Zeit einen vorher ausgemachten Preis bezahlen oder aber die Sache zurückgeben muß. Der Grund zum Abschluß eines solchen Vertrags ist darin zu sehen, daß der Eigentümer mit Hilfe des Trödlers eine Sache zu veräußern, der Trödler aber aus der Preisspanne, die zwischen dem ihm festgesetzten — und dem etwaigen Verkaufspreis liegt, einen Gewinn zu erzielen hofft. Insoweit ähnelt also die Tätigkeit des Trödlers der eines Maklers; andererseits besteht aber doch ein großer Unterschied zwischen diesen beiden, da der Trödler nicht wie der Makler nur das sich Kennenlernen des Verkaufs- und Kaufwilligen vermittelt, sondern selbständig den Kaufvertrag mit dem Käufer abschließt. Auch als Dienst-, Werkvertrag oder Auftrag dürfte der Trödlervertrag nicht anzusehen sein, da der Trödler durch die Übernahme der Sache ja keinerlei Verpflichtung übernimmt, sondern er die Sache, ohne die geringsten Bemühungen für einen Verkauf unternommen zu haben, wieder zurückgeben kann. So kam es, daß auch im deutschen Recht die mannigfachsten Auffassungen über die Rechtsnatur des Trödelvertrags vertreten wurden.

So nahm z. B. Chambon[201] an, der Trödelvertrag würde sich nachträglich in einen Kauf verwandeln. Gegen diese Auffassung nahm schon Brinz[202] Stellung. Reinhold[203] versucht dagegen nachzuweisen, der Trödelvertrag sei überhaupt kein eigener Vertrag, sondern ein Kauf auf Besicht.

Am besten dürfte man der Rechtsnatur des Trödelvertrags jedoch gerecht werden, wenn man ihn als aufschiebend bedingten Kaufvertrag eigener Art auffaßt. Dafür sprechen auch folgende Erwägungen:

Durch die Übergabe der Sache erlangt der Trödler im Zweifel noch nicht das Eigentum daran; die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung trägt also noch der andere Vertragsteil. Bedingt ist der Vertrag durch die Möglichkeit der Rückgabe des überlassenen Gegenstandes, die, da sie gänzlich in das Belieben des Trödlers gestellt ist, als Potestativbedingung aufzufassen ist. Durch den Verkauf der Sache oder auch durch die

---

198 Vgl. L. 1 pr. D. cit.; L. 13 pr. D. de praescr. verb. (19,5).
199 Vgl. I. 11 §§ 511 ff.
200 Vgl. §§ 1291 ff.
201 Vgl. S. 106, 107.
202 Vgl. S. 14.
203 Vgl. S. 28.

nicht rechtzeitig erfolgte Rückgabe derselben wird der Trödelvertrag ohne weiteres zu einem unbedingten Kaufvertrag, für den der Preis infolge des Fehlens der Rückgabemöglichkeit jetzt entrichtet werden muß. Ein weiteres Zeichen für die kaufrechtliche Natur des Trödelvertrags ist darin zu sehen, daß nach Zahlung des vorher ausgemachten Taxpreises sich die Sach- und Rechtsmängelhaftung nach § 445 BGB. nach kaufrechtlichen Grundsätzen regelt[204].

§ 15

Das Konditionsgeschäft des Buchhandels.

Wie bei dem Trödelvertrag ist auch die Rechtsnatur des buchhändlerischen Konditionsgeschäfts äußerst bestritten. Daher sei am Ende dieser Betrachtung noch kurz darauf eingegangen, ob dieses bedingte Geschäft seinem Wesen und seiner Wirkung nach nicht ebenfalls unter die bedingten Kaufverträge fällt.

In den Anfängen des deutschen Buchhandels, d.h. also in den ersten Jahrzehnten nach Erfindung der Buchdruckerkunst waren Verfasser, Drucker und Verleger meist ein- und dieselbe Person[205]. Erst allmählich kam es zur Einschaltung des Zwischenhandels, der infolge Absatzschwierigkeiten oder besserer Verkaufsverhältnisse dann den Vertrieb der Druckerzeugnisse übernahm. Gelegenheit dazu boten die im Mittelalter überall üblichen Märkte und Wallfahrten, bei denen das Volk in großen Mengen zusammenströmte. Daneben kam es dann mit der Zeit auch zu dem buchhändlerischen Tauschhandel, der, sofern er nicht endgültig sein sollte, teils als Kommissionsgeschäft, teils als Trödelvertrag aufzufassen ist. Unterstützt wurde dieses Tauschgeschäft noch durch die seit dem 15. Jahrhundert bestehenden Buchmessen, von denen die wichtigsten die zu Leipzig und Frankfurt (Main) waren[206]. Die ursprüngliche Form des Tauschverkehrs war das sogenannte „Verstechen", d. h. die Bücher wurden nicht nach ihrem Inhalt, sondern lediglich mit Rücksicht auf ihre Bogenzahl ausgetauscht.

Als sich das Tauschgeschäft, was teils auch durch die Trennung von Sortiments- und Verlagsbuchhandel bedingt war, für den buchhändlerischen Verkehr immer unzulänglicher erwies, kam eine neue Geschäftsform auf: das Konditionsgeschäft. Es umfaßte nur Neuigkeiten, erstreckte sich später aber auch auf Werke älteren Ursprungs, die aber hier nur auf Verlangen — à condition — dem Sortimenter vom Verlagsbuchhändler zugingen. Entstanden ist das Konditionsgeschäft vermutlich in Süddeutschland, erlangte aber bald

---

204 Vgl. RGR.-Komm., § 445 Anm. 1.
205 Vgl. Rottner, S. 6, 70.
206 Vgl. Schürmann, S. 36.

für das ganze Reichsgebiet Bedeutung. Unter dem buchhändlerischen Konditionsgeschäft ist das Rechtsverhältnis zu verstehen, das entsteht, wenn ein Sortimentsbuchhändler von einem Verleger Druckerzeugnisse unter der Bedingung annimmt, die nicht verkauften bis zu einem bestimmten Abrechnungstermin wieder zurückgeben zu können, für die nicht zurückgegebenen aber zu diesem Zeitpunkt einen schon vorher bestimmten Preis zu zahlen [207]. Die Rechtsnatur dieses buchhändlerischen Geschäfts ist in der Literatur in der verschiedensten Weise ausgelegt und bestimmt worden.

Kauf nach Belieben, Trödelvertrag, Dienstmiete, aufschiebend und auflösend bedingter Kauf und Kommissionsgeschäft [208] sollen den Rahmen dieses Geschäfts bilden. Betrachtet man die einzelnen Abschnitte des Konditionsgeschäfts, ergibt sich Folgendes:

Zunächst empfängt der Sortimentsbuchhändler Druckerzeugnisse, über die er frei verfügen kann, ohne sie jedoch sogleich bezahlen zu müssen. Soll für ihn diese etwaige Zahlungspflicht nicht doch noch entstehen, muß er bis zu einem, schon vorher ausgemachten Zeitpunkt, die empfangenen Druckerzeugnisse wieder zurückgeben. Gibt er sie aber nicht zurück, ist aus dem buchhändlerischen Konditionsgeschäft ein Geschäft geworden, da sich nicht mehr von einem Kaufvertrag unterscheidet. Bedingung für das Wirksamwerden dieses Kaufvertrags ist der Entschluß des Buchhändlers, die übergebenen Druckerzeugnisse zu behalten, was zunächst immer dann der Fall sein wird, wenn die Bücher bereits weiterverkauft sind. Abschließend läßt sich also sagen, daß auch das buchhändlerische Konditionsgeschäft ein aufschiebend bedingter Kauf ist, wobei die negative Potestativbedingung darin besteht, daß nicht bis zu einem gewissen Zeitpunkt die Rückgabe der empfangenen Druckerzeugnisse erfolgt [209].

---

[207] Über die heute geltenden Bestimmungen, insbesondere die beiden jährlichen Abrechnungstermine (30. Juni und 31. Dezember) vgl. § 31 der buchhändlerischen Verkehrsordnung vom 8. Juni 1935, geändert am 17. November 1936.

[208] Literatur: Vgl. Weidling, S. 2 ff.

[209] Vgl. Weidling, S. 137.

Schrifttum

Arch. ziv. Pr.: Archiv für die zivilistische Praxis.

Benade, Hans Günther: Die Gefahrtragung beim bedingten Kauf von Fahrnis im Römischen, Preußischen und heutigen Recht. Diss. Breslau 1919.

Brecht: Bedingung und Anwartschaft.

Brehme, Armin: Schwebezeit und Zwischenzeit im Recht. Diss. Jena 1934.

Brinz, Alois: Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl. Erlangen 1886.

Chambon: Beiträge zum Obligationenrecht. Jena 1851. Bd. 1: Die Lehre von dem contractus aestimatorius.

Cosack, Konrad: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7. umgearb. Aufl., Jena 1922.

Dabelow, Christoph-Christian: Handbuch des Gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts, Halle 1803.

Dernburg, Heinrich: Pandekten, 7. Aufl. Berlin 1902.

Dernburg, Heinrich: Das Bürgerliche Recht. Halle 1906.

DJZ.: Deutsche Juristenzeitung.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Mannheim 1913.

Endemann, Fr.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1905.

Engling, Eugen: Geschäftsbedingungen und Handelsbräuche im Deutschen Weinhandel. Fft. Diss. 1936.

Ennecccerus, Ludwig: Rechtsgeschäft. Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1889.

Ennecccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 9. Bearbeitung, 18—22. Aufl. Marburg 1923.

Faber, Margarete: Die Beweislast für die Beschaffenheit der Kaufsache. Diss. Köln 1931.

Fitting, Hermann: Der Kauf auf Probe oder auf Besicht, eine Übersicht in Arch. ziv. Pr.

Fitting, Hermann: Über den Begriff der Rückziehung. Habilitationsschrift 1856.

Förster, Franz: Theorie und Praxis des heutigen Gemeinen Preußischen Privatrechts, bearb. von M. C. Eccius. Berlin 1892.

Graener, Wolfgang: Endbedingung und Rücktritt. Diss. Marburg 1931.

Graul, Hans, Heinrich: Allgemeine Geschäftsbedingungen und Handelsbräuche. Diss. Halle-Wittenberg 1931.

Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht. Leipzig 1905.

Glück, Christian-Friedrich: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Erlangen 1814.

Gruch.: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Dr. J. A. Gruchot.

Hahn, Heinrich: Der Wiederkauf. Eine zivilistische Studie. Magdeburg 1902.

Hartzem, Jakob: Gefahrtragung beim Kauf für die Zeit des Schwebens einer Bedingung Diss. Leipzig 1903.

Holtz, Wilhelm: Der Schwebezustand bei bedingten Rechtsgeschäften. Diss. Rostock 1904.

Holtzendorff, Franz v.: Rechtslexikon, Leipzig 1881.

Jhering: Passive Wirkung der Rechte.

Jherings J.: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.

JW.: Juristische Wochenschrift.

Kohler, Josef: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

Kroehling, Hans-Georg: Über Wesen und Wert der Anwartschaften. Diss. Königsberg 1932.

Kuhlenbeck, Ludwig: Von den Pandekten zum BGB. Berlin 1899.

Kuhlenbeck, Ludwig: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl., Berlin 1903.

Lange, Friedrich: Die Geschäfte auf Probe. Diss. Erlangen 1908.

Lasch: Der Kauf auf Umtausch. Diss. Köln 1926.

Leonhard, Franz: Willkür und Willenserklärung in Jherings J.

Matthias, Bernhard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1914.

Michaelsen, Fridtjof: Das Anwartschaftsrecht im BGB. Diss. Köln 1933.

Mittelhans: Der Kauf auf Umtausch. Diss. Breslau 1917.

Moeller: Der Kauf auf Umtausch. Diss. Leipzig 1928.

Moll, Nikolaus: Dingliche Wiederkaufsrechte an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten im geltenden deutschen Reichsrecht. Diss. Rostock 1924.

Mot.: Motive zum Entwurf eines BGB.

Nettelbladt, Daniel: De expensarum et pretii restitutione in revtrovenditione. Halae 1776.

Oertmann, Paul: Kommentar zu BGB. 3. u. 4. umgearb. Aufl. 1910.

Oertmann, Paul: Die Rechtsbedingung 1924.

OLG.: Rechtssprechung der Ober-Landgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Passauer, Walter: Der Kauf auf Probe. Diss. Erlangen 1904.

Pietzcker: Über den Begriff der aufschiebenden Bedingung i. Arch. ziv. Pr.

Planck, G.: Kommentar zum BGB. 4. völlig neubearb. Aufl. 1927.

Prot.: Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB.

Recht, das: Rundschau für den deutschen Juristenbund.

Reinhold: Der Trödlervertrag. Wien 1884.

RGZ.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Riebow: Der Kauf auf Umtausch in Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 21, Jahrg. 1924.

ROHG.: Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.

Rottner: Lehrbuch der Comptoirwissenschaft. 3. Aufl. Leipzig 1861.

SA.: Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Salkowski: Lehrbuch der Institutionen. 6. verb. Aufl. Leipzig 1892.

Savigny, Friedrich-Karl v.: System des heutigen Römischen Rechts. Berlin 1840.

Sintenis, Karl Friedrich Ferd.: Das praktische Gemeine Zivilrecht. 3. Aufl. Leipzig 1868.

Schollmeyer, Friedrich: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1897.

Schürmann: Die Usancen des deutschen Buchhandels und der ihm verwandten Geschäftszweige. 2. Aufl. Halle 1881.

Schütze: Über die Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältnis des pactum de retrovendendo und des pactum displicentiae beim Kauf. Diss. Rostock 1899.

Soergel: Kommentar des BGB. 6. Aufl. 1937.

Staub: Kommentar zum HGB. 6. u. 7. Aufl. 1900.

Staudinger, Julius v.: Kommentar zu dem BGB. und dem Einführungsgesetz. 9. Aufl. 1925.

Stern: Die Gefahrtragung. Marburg 1910.

Strippelmann, F. G. L.: Neue Sammlungen bemerkenswerter Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Cassel, 1850.

Stobbe, Otto: Handbuch des Deutschen Privatrechts. Berlin 1896.

Titze, Heinrich: Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Abt. Rechtswissenschaft. Herausgeber E. Kohlrausch und W. Kaskel, Berlin 1923.

Tuhr, Andreas v.: Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft.

Unger: Kauf auf Probe.

Unterholzner, K. A. D.: Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Leipzig 1840.

Voigt, Karl-Friedrich: Die rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufs- und Wiederkaufsrechts. Diss. Rostock 1927.

Weidling, Konrad: Das buchhändlerische Konditionsgeschäft. Diss. Gießen 1885.

Wendt: Die Lehre von dem bedingten Rechtsgeschäft 1872.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt/M. 1906.

Woite, Oskar: Die Gefahrtragung beim auflösend bedingten Kauf. Diss. Breslau 1928.

Woysch, Martin: Der Kauf auf Umtausch. Diss. Breslau 1931.

Zarnekow, Gustav: Sachmängelhaftung beim Kauf auf Probe. Diss. Köln 1931.

Zitelmann, Ernst: Internationales Privatrecht. Leipzig 1897.

Lebenslauf

Am 14. Februar 1916 wurde ich in Mainz als Sohn des Oberzollinspektors i. R. Michael Reitzel und seiner Ehefrau Ottilie, geb. Ganß, geboren.

Von Ostern 1922 bis 1926 besuchte ich die Volksschule, anschließend das Adam-Karrillon-Gymnasium zu Mainz, an dem ich am 4. Februar 1935 die Reifeprüfung ablegte.

Vom 1. April bis 30. September 1935 erfüllte ich meine Arbeitsdienstpflicht.

Ab Wintersemester 1935/36 studierte ich an der Universität Frankfurt a. M. Rechtswissenschaft und Philosophie. Am 8. Oktober 1938 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am OLG. Frankfurt a. M. Am 1. November des gleichen Jahres wurde ich im OLG.-Bezirk Darmstadt zum Gerichtsreferendar ernannt und bin seit dieser Zeit im Vorbereitungsdienst.

An dieser Stelle danke ich gleichzeitig Herrn Prof. Dr. Schantz für seine liebenswürdige Unterstützung, die er mir bei dieser Arbeit zuteil werden ließ.

Adam Reitzel